

Die
Grundlehren der Cession,

nach
römischem Recht dargestellt

von

Dr. Albert Schmid,
Obergerichtsrath zu Wolfenbüttel.

In zwei Theilen.

Erster Theil.

Die Cessionsform.

Braunschweig,
Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn.
1866.

12/14 20/

A n k ü n d i g u n g.

Die Grundlehren der Cession bestehen in der Lehre von der Cessionsform — wirkliche und fingirte Cession — und in der Lehre von dem Klagerechte des Cessionars — directe Klage im fremden und abgeleitete Klage im eignen Namen —. Die erste Lehre wird im ersten, die zweite Lehre im zweiten Theile dieses Werks behandelt.

Der erste Theil zerfällt in zwei Abtheilungen von der wirklichen und fingirten Cession. Hinsichtlich der wirklichen Cession wird vorzugsweise erörtert, wiefern dieselbe den Cessionar befähigt, sowohl direct im Namen des Cedenten, als utiliter im eignen Namen zu klagen, wiefern sie einer *causa* bedarf (vor und nach der *lex Anastasiana*), und wegen Unmöglichkeit des ausgetragenen agere ungültig, sowie bei Forderungsübertragungen zu Pfand und Nießbrauch unanwendbar ist. Dabei wird genauer die Lehre vom Pfandrealcontract und Pfandpactum, vom Forderungspfandrechte, Afterspandrechte und den dem Sachpfandgläubiger außer der *vindicatio* aus dem Rechte des Verpfänders gegebenen *utiles actiones* erörtert. — Die zweite Abtheilung weist nach, daß die Cessionsdichtung gebraucht wird, um dem Quasiceffionar gleich dem wirklichen Cessionar *utiles actiones* im eignen Namen zu verschaffen, daß sie zu dem Ende bald in die Gegenwart, bald in die Vergangenheit verlegt wird und im letzteren Falle ohne Weiteres als durch den Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände bewirkt gilt. Die Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen das Letztere Statt finde, führt dann zur Darstellung aller derartigen auf fingirter Cession beruhenden Rechtsverhältnisse.

Der zweite, das Klagerecht des Cessionars erörternde Theil besteht ebenfalls aus zwei Abtheilungen von der directen Klage in fremdem, und der abgeleiteten Klage in eigem Namen. In der ersten Abtheilung wird als Grundlage der ersten Klagform die processualische Delegation mit Hervorhebung der Unterschiede zwischen dem *procurator in rem suam* und in *rem alienam* nachgewiesen, hierauf eingehend von den Voraussetzungen und Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses gehandelt und endlich das Nichtvorkommen desselben im heutigen Rechte dargethan. — Die zweite umfassendere Abtheilung führt die dem Cessionar in eigem Namen gebührende *utilis actio* auf den Grundgedanken prätorischer Singularsuccession zurück, bespricht das Verhältniß zwischen der *utilis actio* des Cessionars und der *directa actio* des Cedenten, entwickelt die Folgen vorhandener Unentschiedenheit und Unbekanntheit der *utilis actio* mit besonderer Rücksicht auf das Erforderniß der Denunciation, liefert sodann durch ausführliche Auseinandersetzung der Voraussetzungen und Wirkungen dieser im heutigen Rechte allein anerkannten Klagform eine vollständige Lehre der durch die Cession zwischen dem Cedenten, Cessionar und Schuldner hervorgerufenen Rechtsbeziehungen und gewinnt auf diesem Wege durch strenge Ausschreibung aller auf das *directe agere alieno nomine* bezüglichen Rechtsbestimmungen durchgängig folgerichtige, einfache und praktisch brauchbare Ergebnisse.

Die
Grundlehren der Cession,
nach
römischem Recht dargestellt.

UB Braunschweig 84



2302-138-3

Die
Grundlehren der Cession,

nach
römischem Recht dargestellt

von
Dr. Albert Schmid,
Obergerichtsrath zu Wolfenbüttel.

In zwei Theilen.

Erster Theil.

Die Cessionsform.

Braunschweig,
Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn.
1866.

Die Herausgabe einer Uebersetzung in französischer und englischer Sprache,
sowie in anderen modernen Sprachen wird vorbehalten.



V o r r e d e.

Die Lehre von der Cession drehet sich wesentlich um die zwei Fragen nach der Cessionsform — wirkliche und fingirte Cession — und nach dem Klagerecht des Cessionars — directe Klage im fremden Namen und abgeleitete (utilis) Klage im eignen Namen. Die erste Frage behandelt der vorliegende erste Theil, die zweite Frage wird der in kürzester Frist zu erwartende zweite Theil erörtern.

In Betreff beider Fragen gelangt die Untersuchung zu Ergebnissen, die von den vorzüglich auf Mühlenbruch's Autorität hin bisher gangbar gewesenem erheblich abweichen, allein — wie der Verfasser sich schmeichelt — nicht bloß den Grundsätzen des römischen Rechts, sondern auch dem entschiedenen Bedürfniß des Lebens mehr entsprechen, und geeignet sind, für die vom Verkehr dringend erheischte Fortbildung der römischen Principien eine sichere Grundlage abzugeben.

Der Verfasser ist bemühet gewesen, allenthalben der römischen Auffassung sich möglichst eng anzuschließen und die einschlagenden Zeugnisse der Rechtsquellen in thunlichster Vollständigkeit zu berücksichtigen, hat aber dafür auch jede umfänglichere Bekämpfung widerstreitender Lehrmeinungen vermeiden müssen, um die Darstellung der eignen Ansicht nicht störend zu unterbrechen und das Ganze nicht allzusehr auszudehnen.

Daß die Forschungen Anderer nichtsdestoweniger sorgfältig beachtet worden sind, wird dem Kundigen nicht entgehen, obwohl im Einzelnen weder die zustimmenden, noch die abweichenden Schriftsteller immer namentliche Erwähnung gefunden haben. Es ist das allerdings ein Mangel, dadurch veranlaßt, daß der Verfasser versäumt hat, beim Studium der betreffenden Schriften sich genaue Citate zu bemerken und später leider außer Stande war, bei vielen nicht mehr in seinen Händen befindlichen Büchern das Versäumte nachzuholen. Der Mangel kann aber von denjenigen Lesern, welchen an erschöpfender Kenntniß der Vertheidiger oder Widersacher dieser oder jener Meinung gelegen ist, leicht anderweit ergänzt werden, und zwar dem Verfasser den Schein der Belesenheit entziehen, aber nicht den etwaigen Werth der gegebenen Ausführungen selbst beeinträchtigen. Der Verfasser hat sich daher trotz des gerügten Mangels zur Veröffentlichung seiner Arbeiten entschlossen, auf gütige Nachsicht vertrauend, wenn sein Streben nur sonst nicht vollständig mißlungen sein sollte.

Wolfenbüttel, im Januar 1861.

D. B.

Des Gnjacius Werke sind allenthalben nach der neapolitanischen Ausgabe von 1722 citirt.

Inhalt.

Cession s form.

§. 1. Allgemeines. §. 1.

Die einzige Cessionsform ist das *mandatum agendi in rem suam*. — Wirkliches und fingirtes *mandat. ag. in rem suam*. §. 1.

Erste Abtheilung.

Wirkliches *mandatum agendi in rem suam* oder wirkliche Cession.

Kap. I. Form des *mandatum agendi in rem suam*.

- §. 2. Feierlicher oder unfeierlicher Klagauftrag oder *cognitor* und *procurator in rem suam*. §. 1—3. — Dem *procurator in r. s.* steht bei handlungsunfähigen Cedenten der *actor in r. s.* gleich. §. 3—5.

Kap. II. Wirkung des *mandatum agendi in rem suam*.

- §. 3. Als Wirkung des *mandat. ag. in r. s.* erscheint sowohl die *directa actio alieno nomine* als die *utilis actio suo nomine*. §. 5. — Aeusßerer Unterschied beider Klagformen. §. 5—15. — Auftreten der *utilis actio suo nomine* in dem doppelten Gewande der *fictitia formula* und der *extraordinaria cognitio*. §. 8—15. — Die *fictitia formula* beruhend auf der Rechtsdichtung, als ob der *procurator in r. s.* Herr des Klagerechts (*dominus actionis*) wäre. §. 8—10. — Die *extraordinaria cognitio* als Einkleidung der *utilis actio suo nomine* im früheren und späteren römischen Rechte. §. 10—12. — Fortdauernder Gegensatz des *utiliter agere suo nomine* und des *directe agere alieno nomine*. §. 11. 12. — Veranschaulichung dieses Gegensatzes durch Formulirung mehrerer *directae actiones alieno nomine* und *utiles actiones suo nomine*. §. 12—15.

- §. 4. Fortsetzung. Zweifel gegen den Satz, daß der *procurator in rem suam* sowohl direct im fremden, als utiliter im eignen Namen klagen könne. §. 15—17. — Gaj. II, 39. §. 15. — l. 39 D. de donat. int. V. et U. (24. 1). §. 16. — l. 66 pr. D. de evict. (21. 2). §. 17. — Widerlegung jener Zweifel. §. 17—20. — l. 55 D. de procur. (3. 3). §. 17 f. — l. 1 C. de O. et A. (4. 10). §. 18.

— Basil. XXIV, 3 c. 5. §. 18. — l. 14 C. de fidejuss. (8. 41).
 §. 18 f. — l. 33 C. de donat. (8. 54). §. 19 f.

- §. 5. Fortsetzung. Frühere Unfähigkeit des donationis causa bestellten procurator in r. s., utiliter im eignen Namen zu klagen. §. 20—24.
 — Die lex Cincia als Grund dieser Unfähigkeit sowohl bei personis non exceptis — §. 20—24. — l. 53 D. de pecul. (15. 1). §. 22
 — als bei personis exceptis. §. 22—24. — fr. Vat. §. 260. 263.
 §. 22 f. — l. 11 fin. C. de donat. (8. 54). §. 24. — Justinian
 hat auch dem donationis causa bestellten procurator in rem suam
 das Recht der utilis actio suo nomine verliehen. §. 24. 25. —
 l. 33 C. de donat. (8. 54). §. 24. — l. 11 D. de alienat. jud.
 mut. c. f. (4. 7). §. 25.

Rap. III. Auslegung des mandatum agendi in rem suam.

- §. 6. Strenge Auslegung des mandat. ag. in r. s. §. 26. — Daher im
 älteren Rechte Nothwendigkeit eines besonderen Mandats für Neben-
 klagen aus Pfandrechten, Bürgschaften u. s. w. §. 27. — Aufhe-
 bung dieser Nothwendigkeit im späteren Rechte durch l. 6 C. de O.
 et A. (4. 10). §. 28—30. — Ursprünglicher Text dieses Rescripts
 nach Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 10. §. 28. 29.

Rap. IV. Causa des mandatum agendi in rem suam.

- §. 7. Nothwendige Unterscheidung zwischen der causa und dem stillschwei-
 genden mandatum ag. in r. s. §. 30—32. — Die causa als Grund
 des Unterschieds zwischen dem mandatum agendi in rem suam und
 dem mandatum agendi in rem alienam. §. 32. 33. — Angabe
 der causa in der Formel des procurator in rem suam. §. 33.

- §. 8. Fortsetzung. Lex Anastasiana. l. 22 C. mandati (4. 35). §. 34—50.
 Gewisser Inhalt des Gesetzes. §. 35. — Beschränkung dessel-
 ben auf den Ankauf von Geldschuldforderungen. §. 35 f.

Ungewisserer Inhalt des Gesetzes. §. 36—48. — Ungültig-
 keit der Cession, soweit der Kennwerth der gekauften Geldschuldforde-
 rung den Kaufpreis übersteigt. §. 36—38. — Pflicht des Cessionars,
 die Zahlung eines dem eingeklagten Betrage der gekauften
 Geldschuldforderung gleichen Kaufpreises nachzuweisen. §. 38. —
 Recht des Cedenten, den ungültig cedirten Theil seiner Forderung
 gegen den Cessus einzuklagen. §. 38 ff.

Gültigkeit derjenigen Cession, welche zum Theil auf dem Titel
 des Kaufs, zum Theil auf dem Titel der Schenkung beruhet. §. 36.
 Umgehung des Anastasischen Gesetzes durch Scheinschenkungen eines
 Theils der Forderung oder der ganzen Forderung. §. 39. — Ju-
 stinian's Bestimmungen gegen dergleichen Scheinschenkungen in l. 23
 C. mandati (4. 35). §. 39—44. — Pflicht des Cessus, die Schein-
 schenkung im Allgemeinen nachzuweisen. §. 41 ff. — Folgen dieses
 Beweises, bestehend in der Pflicht des Cessionars, den durch die Schein-
 schenkung verdeckten Betrag des Kaufpreises nachzuweisen, §. 41 f.
 — und in dem Ausschlusse des Cedenten von der Einklagung des den
 Kaufpreis übersteigenden Theils des Kennwerths der Forderung.
 §. 42—44. — Schol. 2 zu Basil. XIV, 1 c. 85. §. 44.

Ausnahmen von der lex Anastasiana. §. 44—48. —

1. Cessionen erbchaftlicher Forderungen an Miterben. §. 44. —
2. Cessionen, welche entweder der Gläubiger oder der Besitzer von Sachen für eine Forderung oder für die Befestigung und den Schutz bei ihm befindlicher Sachen empfängt. §. 44—46. — 3. Cessionen, welche unter Legataren oder Fideicommissaren, denen Schuldforderungen oder auch andere Sachen hinterlassen sind, für diese geschehen müssen. §. 46 f. — Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 86. §. 47 f.

Folgerungen aus dem Inhalt der lex Anastasiana. §. 48—50.

Kap. V. Ungültigkeit des *mandatum agendi in rem suam*.

- §. 9. Ungültigkeit des *mandatum agendi in rem suam* wegen natürlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit des aufgetragenen *agere*. §. 51—69. — Insbesondere 1. Ungültigkeit des Mandats zu einer gegen den Cedenten selbst zu richtenden Klage. §. 51 f. — 2. Ungültigkeit des Mandats zu Accusationen und Popularklagen. §. 52—54. — 3. Ungültigkeit des Mandats zu klaglosen Forderungen. §. 54—59. — 1. 25 §. 1 D. quando dies legati (36. 1). §. 55—58. — Gültigkeit des Mandats zu klagbaren Nebenforderungen unklagbarer Hauptforderungen. §. 59. — 4. Ungültigkeit des Mandats zu einer durch Zahlung getilgten Forderung. §. 60—67. — 1. 76 D. de solut. (46. 3). §. 60—62. — 1. 1 C. de contrar. jud. tut. (5. 38). §. 62—64. — 1. 36 D. de fidejuss. (46. 1) und 1. 5 pr. D. de censib. (50. 15). §. 64—67. — 5. Ungültigkeit des Mandats von Sklaven und an Sklaven. §. 67 f. — 6. Ungültigkeit des Mandats an Personen, welche mit dem Cessus durch väterliche Gewalt verbunden sind. §. 66 f. — 1. 7 D. de oblig. et act. (44. 7). §. 68 f.

Kap. VI. Unanwendbarkeit des *mandatum agendi in rem suam* bei Forderungsübertragungen zu Pfand und zu Nießbrauch.

- §. 10. Allgemeines. §. 69 f.
A. Unanwendbarkeit des *mandatum agendi in rem suam* bei Forderungsübertragungen zu Pfand.

§. 11. Einleitung. §. 71.

§. 12. Der Pfandrealecontract. §. 71—92.

Der Pfandrealecontract bestehend aus *conventio* und *traditio*. §. 72 f. — 1. 1 pr. §. 1 D. de pignorat. act. (13. 7). — Ungültigkeit der *traditio* ohne *conventio*. §. 72. — Der Pfandrealecontract bei *pignus* mit juristischem, bei *hypotheca* mit natürlichem Besitze. §. 73—76. — 1. 7 C. de pignorat. act. (4. 24). §. 73. — 1. 37 D. de acquir. vel omitt. poss. (41. 2). §. 75 f. — Die *pignoratitia actio directa* bald in *jus* cecipit, bald in *factum*. §. 76—79. — 1. 3 C. de luit. pign. (8. 31). §. 77 f. — Eigenthümlichkeit des Pfandrealecontracts, daß *conventio* und *traditio* der Zeit nach auseinanderfallen dürfen. §. 79—81. — Zulässigkeit directer Vertretung bei der *traditio*. §. 81—83. — Widerlegung einzelner Zweifel. §. 83 f. — Pflicht der Contrahenten, für *dolus* und *culpa*, nicht aber für *casus* zu haften. §. 84—88. — 1. 30 D. de pignorat. act. (13. 7). §. 84 f. — 1. 43 pr. D. eod. §. 86 f. — Gültigkeit des Pfandrealecontracts, mag der Verpfänder eigne oder

- fremde Sachen zum Pfande übergeben. §. 88 f. — Ungültigkeit des Pfandrealscontractes, wenn die zum Pfande übergebene Sache Eigenthum des Pfandgläubigers ist oder wird. §. 89—91. — l. 33 §. 5 D. de usurpat. (41. 3). §. 89 f. — l. 30 §. 1 D. de except. rei jud. (44. 3). §. 90 f. — Ausnahmen von letzterem Satze, wenn der Pfandgläubiger sich das Eigenthum des Pfandes zuschlagen läßt, §. 91 f. — oder das von einem anderen Pfandgläubiger verkaufte Pfand ersteht. §. 91 f. — l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 92. — Gültigkeit des Pfandrealscontractes bei Einräumung des Quasibesitzes verpfändeter Dienstbarkeiten. §. 92.
- §. 13. Die Pfandübereinkunft. §. 93—114.

Die Pfandübereinkunft erfordert nur ein einfaches pactum — §. 93 f. — und bewirkt nicht mehr und nicht weniger als die actio Serviana beziehungsweise quasi Serviana. §. 94 ff. — Ursprung beider Klagen im Honorarrecht. §. 95 f. — Formula hypothecaria gleichlautend bei pignus und hypotheca. §. 95 f. — Vermöge derselben begründet die Verpfändung eine eigenthümliche Succession in das Recht des Verpfänders. §. 96 f. — Die hypothekarische Formel ist in factum concipirt und vereinigt die betreffenden Thatsachen in der intentio zu drei unterschiedenen Gruppen oder Theilen. §. 98. — l. 23 D. de probat. (22. 3). §. 98. — Der erste Theil, bestehend in der Thatsache der abgeschlossenen Pfandübereinkunft, enthält den Grund, welcher den Gläubiger zur Verfolgung des verpfändeten Rechts berechtigt, und hat weder dinglichen, noch persönlichen Charakter; der zweite Theil, bestehend in denjenigen Momenten, welche das vom Gläubiger zu seiner Sicherung zu verfolgende Recht des Verpfänders ausmachen, gestaltet die Pfandklage zu einer actio in rem oder in personam, je nachdem das verpfändete Recht dinglich oder persönlich ist. §. 99 f. — Daher für die hypothekarische Klage der Name persecutio. §. 99. — l. 28 D. de obl. et act. (44. 7). §. 99. — Eben daher als Wirkung der hypothekarischen Klage die Erlangung von Pfandbesitz mit dem Schutze einer hypothecaria in rem actio. §. 100 f. — l. 17 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 100 f. — Vermöge des zweiten Theils ist die Pfandklage eine subjective Erweiterung der betreffenden Klage des Verpfänders, eine utilis actio, und zwar bald eine utilis in rem, bald eine utilis in personam actio, bald — im Fall der Afterverpfändung — sogar eine utilis persecutio. §. 101 f. — Besondere Eigenthümlichkeit der Pfandklage in ihrer Eigenschaft als utilis actio, daß das verpfändete Recht in der Regel gerade zur Zeit der Verpfändung in dem Vermögen des Verpfänders befindlich gewesen sein muß. §. 102 f. — Folgen dieser Eigenthümlichkeit. §. 103—107. — Der dritte Theil der intentio begreift die Thatsache, daß weder solutio, noch satisfactio, noch eine dem Gläubiger zuzurechnende Ursache unterbliebener solutio oder satisfactio vorliege. §. 107. — Begriff der solutio. §. 107 f. — Begriff der satisfactio. §. 108—110. — Begriff einer dem Gläubiger zuzurechnenden Ursache unterbliebener solutio — §. 110 — und unterbliebener satisfactio. §. 110 f. — Statthaftigkeit eines Pfandrechts nach Aufhebung der pfandrechtlich versicherten Schuld. §. 111 f. — l. 2 C. de luit. pign. (8. 31). §. 111. — Annahme einer um des Pfandrechts willen fortbauenden

naturalis obligatio. §. 111. — Schema der hypothekarischen Formel bei verpfändeten Sachen, Forderungen, Pfandrechten. §. 112. — Entsprechende Aenderungen der Formel unter verschiedenen Voraussetzungen, — §. 112 f. — namentlich in Betreff derjenigen actiones confessoriae, communi dividundo, finium regundorum, furti, damni injuria dati, condictio furtiva, actio vi honorum raptorum, welche dem Verpfänder einer Sache erwachsen und vom Saßpfandgläubiger geltend gemacht werden können. §. 113 f.

§. 14. Das Forderungspfandrecht. §. 114—140.

Der Forderungspfandgläubiger hat eine hypothekarische Klage, welche sich als utilis in personam actio darstellt. Beweis dieses Saßes durch l. 4 C. quae res pignori (8. 17). §. 114 f.

I. Die Klage ist gestützt auf die Verpfändung der Schuldforderung, nicht auf ein mandatum agendi. — Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. §. 115 f. — Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 18 pr. §. 117. — Die Verpfändung des nomen umfaßt zugleich die res debita, wie die Verpfändung der res debita das nomen umfaßt. §. 118. — a. Beweis, daß die Verpfändung des nomen die res debita umfaßt. §. 118—124. — l. 18 pr. D. de pignorat. act. (13. 7). §. 119 f. — l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 121—123. — Utilis hypothecaria in rem actio des Forderungspfandgläubigers rücksichtlich der res solutae. §. 123 f. — b. Beweis, daß die Verpfändung der res debita das nomen umfaßt. §. 124—129. — l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 125. — l. 12 §. 5 D. qui potior. (20. 4). §. 125 f. — l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3). §. 126 f. — l. 1 pr. D. de distr. pign. (20. 5). §. 127. — Utilis hypothecaria in rem actio in Betreff der gezahlten res debita. §. 127 f. — l. 1 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 128.

II. Die Klage des Forderungspfandgläubigers erfordert in der Regel, daß die verpfändete Forderung zur Zeit der Verpfändung in des Verpfänders Vermögen sich befunden habe. §. 129—133. — Folgen dieses Saßes. §. 129 ff. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. §. 130.

III. Die Klage des Forderungspfandgläubigers setzt voraus, daß weder solutio, noch satisfactio, noch Verschuldung unterbliebener solutio oder satisfactio dem Gläubiger einzuwenden sei. §. 133—139. 1. Die solutio betreffend. §. 133—135. — 2. Die satisfactio betreffend. §. 135—138. — Die solutio der verpfändeten Forderung als satisfactio des Forderungspfandgläubigers. §. 135. — Die Certioration des verpfändeten Schuldners als ein Mittel, der an den Verpfänder in Person abgeführten Zahlung der verpfändeten Forderung die Wirkung der satisfactio für den Forderungspfandgläubiger zu benehmen. §. 135 f. — Die Certioration eine Willenserklärung des Forderungspfandgläubigers, — §. 136 — ursprünglich in die Form der denuntiatio gekleidet. §. 136 f. — Folgen aus der entwickelten Natur der Certioration. §. 137 f. — 3. Die vom Gläubiger verschuldete Nichtzahlung und Nichtzufriedenstellung betreffend. §. 138 f.

Folgen aus dieser Auffassung der Klage des Forderungspfandgläubigers; — §. 139 f. — namentlich Zulässigkeit der exceptio excussionis. §. 140.

§. 15. Das Pfandpfandrecht. §. 140—163.

Das Pfandpfandrecht als eine pfandrechtlige Succession in das Pfandrecht des Pfandverpfänders ergreift den vom ersten Verpfänder verpfändeten Gegenstand nur mittelbar, — §. 141 ff. — so daß das Recht des Pfandpfandgläubigers sowohl durch die Pfandpfandübereinkunft, als auch durch die erste Pfandübereinkunft bestimmt wird. §. 143 f. — Unmittelbarer Gegenstand der Pfandverpfändung ist demnach das Pfandrecht des Pfandverpfänders, — §. 144 — Basil. XXV, 2 c. 18. §. 144. — nicht die dem Pfandverpfänder verpfändete Sache. §. 144 f. — Mit dem Pfandrechte ist stets ausdrücklich oder stillschweigend die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung verpfändet. §. 145 f. — l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 146 f. — Erklärung der l. 11 §. 5 D. de pignorat. act. (13. 7). §. 148 ff. — Schol. 10 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 5. §. 149. — l. 24 §. 1 D. locati (19. 2). §. 150 ff. — l. 5 pr. D. in quib. caus. pign. (20. 2). §. 153. — Schol. 10 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 5. §. 153 f. — l. 53 D. de act. E. V. (19. 1) und l. 58 D. locati (19. 2). §. 155 f. — l. 53 D. locati (19. 2). §. 156. — Die Pfandpfandklage beruht auf der Thatfache, daß dem Gläubiger zur Sicherheit einer Forderung ein Pfandrecht des Verpfänders verpfändet worden ist, — §. 157 — daß das verpfändete Pfandrecht zur Zeit der Verpfändung in dem Vermögen des Verpfänders sich befunden hat, — §. 157—159 — und daß das Pfandpfandrecht nicht beseitigt ist weder durch solutio, — §. 159 — noch durch satisfactio, wozu insbesondere die solutio der mit dem Pfandrecht zugleich verpfändeten Forderung gehört, — §. 159 ff. — noch endlich durch Verschuldung des Pfandpfandgläubigers an unterbliebener solutio oder satisfactio. §. 161 f. — Folgerungen aus dem Satze, daß die Pfandpfandklage die durch die hypothekarische Formel vom Pfandpfandgläubiger verfolgte Pfandklage des Pfandverpfänders ist. §. 162 f.

§. 16. Klagen, welche dem Pfandpfandgläubiger außer der utilis petitio aus des Verpfänders Rechte gegeben werden. §. 157—174.

Die erwähnten Klagen stellt der Pfandgläubiger gleichfalls vermöge der hypothekarischen Formel aus dem Rechte des Verpfänders an. §. 163. — Nachweis 1. hinsichtlich der *confessoria actio*. §. 164. — 2. hinsichtlich der *actio communi dividundo* und *actio finium regundorum*. §. 164—167. — l. 16 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 164 ff. — 3. hinsichtlich der *actio furti*. §. 167—171. — Dreifacher Standpunkt, von welchem der Pfandgläubiger mit verschiedenem Erfolge die *actio furti* anstellen kann, — §. 167 — 171 — nämlich a. als pfandrechtl. Vertreter des Verpfänders, — §. 168 — b. selbständig wegen Verletzung seines eignen durch die Pfandübereinkunft begründeten *jus in re*, — §. 168 ff. — c. als Pfandrealecontractschuldner. §. 170 f. — 4. hinsichtlich der Aquilischen Klage. §. 171—177. — l. 30 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 4). §. 172 ff. — Zweifacher Standpunkt des Pfandgläubigers a. als pfandrechtl. Vertreter des Verpfänders, — §. 173 ff. — b. wegen verletzter Forderungssicherheit. §. 174 ff. — l. 17 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 4). §. 175 f. — l. 27 D. de pign. et hyp.

(20. 1). §. 176 f. — 5. hinsichtlich der *condictio furtiva*, — §. 177 f. — 6. der *actio vi bonorum raptorum*, — §. 178 f. — 7. der *operis novi nunciatio*. §. 179 f.

B. Unanwendbarkeit des *mandatum agendi in rem suam* bei Forderungsübertragungen zu Nießbrauch.

§. 17. Der Forderungsnießbrauch bald eigentlicher *ususfructus*, bald uneigentlicher oder *quasi-ususfructus*. §. 180 f.

1. Der *quasi-ususfructus nominis* stützt sich auf ein *mandatum agendi in rem suam*. §. 181 f.

2. Der eigentliche *ususfructus nominis* gewährt dem Nutznießer eine auf Grund des Nießbrauchs aus dem Rechte des Proprietars für die Nießbrauchzwecke des Nutznießers zu verfolgende *utilis actio*. §. 182 f.

Zweite Abtheilung.

Fingirtes *mandatum agendi in rem suam* oder fingirte Cession.

Kap. I. Dasein dieser Fiction.

§. 18. Dasein dieser Fiction als Grund einer *utilis actio suo nomine*. §. 183—186. — Schol. 2 zu Basil. XXXVIII, 18 c. 2. §. 184. — Basil. XIX, 4 c. 31. §. 184. — l. 57 fin. D. de legat. I (30). §. 184 f. — Gleichheit der auf fingirter und der auf wirklicher Cession beruhenden *utilis actio suo nomine*. §. 185 f.

Kap. II. Verschiedenheiten im Gebrauche der Fiction und im Verfahren bei Ertheilung von *utiles actiones suo nomine*.

§. 19. Je nachdem der Quascedent zur wirklichen Cession verpflichtet ist, oder nicht, wird die fingirte Cession in die Gegenwart oder in die Vergangenheit verlegt, so daß die obrigkeitliche Verfügung dort die fingirte Cession bewirkt, hier dieselbe, als unter gewissen Voraussetzungen durch den Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände bewirkt bloß anerkennt. §. 187 ff. — Dort war es daher eine förmliche Entscheidung, wodurch die Obrigkeit die Klagübertragung entweder bewilligte oder absah, — §. 188 f. — hier fand eine Ausnahme von der Regel Statt, daß mit dem Anspruch auf Rechtsübertragung die Rechtsübertragung selbst noch nicht gegeben ist. §. 189 f. — Daher nothwendige Beschränkung dieser Ausnahme auf die bestimmten einzelnen Fälle, in denen dieselbe nach den Rechtsbüchern gestattet wird. §. 189. — Widerlegung anderer Ansichten. §. 189 ff. — Die stets wiederholte Verknüpfung fingirter Cession mit denselben Thatumständen begründete zu Gunsten der letzteren ein Gewohnheitsrecht, welches den Obrigkeiten gestattete, gleich ohne vorgängige Sachuntersuchung durch einen hypothetischen Bescheid *utiles actiones* zu ertheilen und dem *iudex* die Entscheidung über die thatsächlichen Voraussetzungen der fingirten Cession zu überlassen. §. 192 f. — Nur ausnahmsweise wurde auch in Fällen der Art noch ein obrigkeitliches, auf vorgängige *causae cognitio* zu erlassende

des Decret erfordert. §. 187. — Nachwirkungen dieser Verschiedenheiten im heutigen Verfahren. §. 193 f.

Kap. III. In welchen Fällen ist die Fiction der Cession mit dem Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände verknüpft?

§. 20. Uebersicht des Folgenden. §. 194 f.

I. Fiction der Cession bei einer Reihe von Rechtsgeschäften, welche geradezu die Herbeiführung der Cession bezwecken.

§. 21. A. Geschäfte, welche mit Recht hierher gerechnet werden. §. 195—217.

1. Der Erbschafts Kauf. §. 195—199. — l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). §. 196. — Beschränkung der fingirten Cession auf actiones hereditariae. §. 196. — Ausgeschlossen sind also alle vom Erbschaftsverkäufer in Betreff und in Veranlassung der Erbschaft erworbene Klagen. §. 197—199.

2. Der Forderungs Kauf. §. 199—204. — Fingirte Cession beim Kauf dinglicher, wie beim Kauf persönlicher Klagen. §. 200. — l. 9 C. de her. vel act. (4. 39). §. 200 f. — Anwendung auf den Nießbrauch Kauf. §. 201 ff. — l. 57 D. sol. matrim. (24. 1), l. 66 D. de jure dot. (23. 3). §. 201 ff. — Vergleich zwischen dem Forderungs- und dem Sachkäufer. §. 203. — Der Forderungsverkäufer kann sich den einrededefreien Gebrauch der verkauften Forderung bis zur Befriedigung vorbehalten. §. 204.

3. Die Mitgift einer Forderung. §. 204 f.

4. Die Hingabe einer Forderung an Zahlungs Statt. §. 205 f.

5. Das Vermächtniß einer Forderung. §. 206—217. — Anfänglicher Unterschied zwischen dem Fideicommiß und Legat. §. 206.

a. Das Fideicommiß genoß schon zur Zeit der Pandecten-schriftsteller dieses Vorrechts. §. 206—216. — l. 45 §. 2 D. de V. O. (45. 1). §. 206—208. — l. 9 und l. 23 D. de pact. dotal. (23. 4). §. 209—211. — Auflösung scheinbarer Widersprüche. §. 211—213. — Erklärung der l. 26 pr. D. depos. (16. 1) und l. 31 §. 3 D. de donat. (39. 5). §. 214—216.

b. Das Legat unter Diocletian dem Fideicommiß gleichgestellt — l. 18 C. de legat. (6. 37). §. 216.

Beschränkung des Privilegiums auf den Fall, wenn Forderungen als Einzeldinge vermacht sind. §. 216 f.

§. 22. B. Geschäfte, welche mit Unrecht hierher gerechnet werden. §. 217—222.

1. Die Schenkung einer Forderung. §. 217 ff.

2. Der Quasiusufructus einer Forderung, §. 219 ff. — l. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. (33. 2). — §. 219 f. — mit Ausnahme des gesetzlichen Quasiusufructus. §. 220 ff.

II. Fiction der Cession bei dem Pfandverkauf des Pfandgläubigers.

§. 23. Stellung des Pfandgläubigers beim Pfandverkauf. §. 222 ff. —

Verpflichtung des verkaufenden Pfandgläubigers, dem Käufer die hypothecaria actio zu cediren. §. 223 ff. — l. 13 D. de distr. pign. (20. 5). §. 225—228. — Recht des Pfandkäufern, auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, die hypothecaria actio des Pfandverkäufers als utilis actio suo nomine anzustellen. §. 228 ff. — l. 12 D. de div. temp. praeser. (44. 3). §. 228 f. — l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). §. 229 f. — l. 9 C. de remiss. pign. (8. 26). §. 230 f. — l. 15 C. de distr. pign. (8. 28). §. 231 f. — Unrichtigkeit der Meinung, daß der Pfandverkauf des besseren Pfandgläubigers die Pfandrechte der schlechteren Gläubiger aufhebe. §. 232 ff. — Nur die auf wirklicher oder fingirter Cession des verkaufenden Pfandgläubigers beruhende Pfandklage gewährt dem Käufer Schutz gegen anderweite Pfandansprüche. §. 232 ff.

A. Beweis beim Käufer im Allgemeinen. §. 233 ff. — l. 12 §. 7 D. qui potior. (20. 4). §. 234. — l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20). §. 234. — Basil. XXV, 4 c 15. §. 235.

B. Beweis beim Käufer, welcher zugleich Bürge oder zugleich selbständig Pfandgläubiger ist, — §. 235—243 — und zwar

a. beim Käufer, welcher zugleich Bürge ist. §. 235—241. — l. 2 D. de distr. pign. (20. 5). §. 236 ff. — l. 21 C. de pign. et hyp. (8. 14). §. 238. — l. 59 D. de fidejuss. (46. 1). §. 238 f.;

b. beim Käufer, welcher zugleich selbständig Pfandgläubiger ist. §. 241—243. — l. 5 §. 1, l. 6 D. de distr. pign. (20. 5). §. 241 ff.

Erscheinungen, welche mit der vertheidigten Ansicht im Einklange stehen. §. 244 f.

§. 24. Fortsetzung. §. 245—259. — Anwendung des Satzes, daß der Pfandverkauf des Pfandgläubigers vermöge fingirter Cession eine utilis hypothecaria actio dem Käufer überträgt,

1. auf den Pfandverkauf desjenigen Gläubigers, welcher eine Forderung zum Pfande erhalten hat. §. 245—247. — l. 7 C. de her. vel act. vend. (4. 39). §. 245 ff.;

2. auf das Pfandverkaufsrecht des Afterspandgläubigers. §. 247—254. — l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). §. 248. — l. 1 C. si pign. pign. (8. 24). §. 249—253. — Pfandverkaufsrecht des Afterspfänders. §. 253 f.;

3. auf die übrigen Klagen, welche der Sachpfandgläubiger außer der vindicatio an der Stelle des Verpfänders mittelst der hypothecarischen Klage durchzusetzen vermag. §. 254—256. — l. 21 D. quae in fraud. credit. (42. 8). §. 254 f.;

4. auf diejenigen Pfandverkäufe, welche aus irgend einem Grunde rückgängig werden. §. 256—259. — l. 15 §. 4 D. de re judic. (42. 1). §. 254 f. — l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). §. 258 f.

III. Fiction der Cession bei der litisaestimatio.

§. 25. Im Allgemeinen gleiche Grundsätze bei dinglichen und persönlichen Klagen. §. 259.

I. Dingliche Klagen betr. §. 259—265. — Recht des wegen culposen Veräußerung zur Streitwürderung verurtheilten Beklagten, gegen Zahlung des Streitwerths Cession zu verlangen, auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones suo nomine anzustellen. §. 259 ff. — l. 21, l. 63, l. 69, l. 70 D. de reiv.

(6. 1). §. 259 ff. — Die *utilis in rem actio* unter dem Namen *quasi Publiciana actio*. §. 261 ff. — Grund, weshalb nicht auch der wegen dolosen Besitzverlustes verurtheilte Beklagte Cession verlangen, oder ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones* anstellen darf. §. 264 f.

II. Persönliche Klagen betr. §. 265 f. — 1. 12 D. de re jud. (42. 1). §. 265 f. — Auch der wegen dolosen Besitzverlustes verurtheilte Beklagte darf gegen Zahlung des Streitwerths Cession fordern, oder gleich kraft fingirter Cession *utiles actiones* erheben. §. 265 f.

IV. Fiction der Cession bei der *adjudicatio*.

§. 26. Die vom Theilungsrichter geschehene *Adjudication* von Klagerechten berechtigt den *Adjudicator* nicht bloß, Cession zu fordern, sondern auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones suo nomine* anzustellen. §. 266–279. — Bestätigung gewährt 1. 29 D. fam. herc. (10. 2), — §. 267 ff. — bei deren Erklärung die Grundsätze über Theilung mehrerer mit gleichem Range solidarisch bestellter Pfandrechte entwickelt werden. §. 268 ff. — Bestätigung gewährt ferner 1. 10 §. 1 D. com. div. (10. 3). §. 277 ff.

V. Fiction der Cession bei der f. g. hypothekarischen Succession.

§. 27. Allgemeines. §. 279 f. — Die hypothekarische Succession ist das auf fingirter Cession beruhende Einrücken des Abfindenden in die Rechte eines abgefundenen Pfandgläubigers. §. 279 f. — Sie setzt voraus, daß der Abfindende durch das Einrücken in die Rechte des abgefundenen Pfandgläubigers eigne Rechte, namentlich Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht u. zu schützen und zu stärken (*confirmare*) bezweckt. §. 279 f.

A. Hypothekarische Succession zu Schutz und Stärkung von Eigenthum.

§. 28. 1. Wenn der nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besitzenden Eigenthümer klagt. §. 281 ff.

Der Beklagte kann sich so vertheidigen, daß er entweder einfach Zahlung anbietet, oder mit Beziehung auf sein Eigenthum Zahlung anbietet und Cession verlangt; §. 281 ff. — 1. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). §. 281 f. — 1. 19 D. qui potior. (20. 4). §. 282 f. — auch im letzteren Falle gegen Zahlungsleistung gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones suo nomine* erlangt. §. 283 ff. — 1. 57 D. de legat. I (30). §. 283 f. — Basil. XLII, 1 c. 34. §. 284. — 1. 45 §. 9 D. de jure fisci (49. 14). §. 284 f. — 1. 7 C. de O. et A. (4. 10). §. 285 f. — 1. 3 C. de negot. gest. (2. 19). §. 286 f. — 1. 2 C. de debit. civit. (11. 32). §. 287 ff.

§. 29. Fortsetzung. §. 289–296. — Die eigentlich im Namen des persönlichen Schuldners als Schuldtilgung zu leistende Zahlung wird insofern, als sie gegen wirkliche oder fingirte Cession geleistet wird, zu einem im eignen Namen des Zahlenden entrichteten Kaufpreise, — §. 289 — bei dessen Entrichtung der Cessionar oder Quasessionar von dritten Personen, und selbst vom Pfandschuldner vertreten werden

kann; — §. 289 f. — dergestalt, daß nichtsdestoweniger die erkaufte Klagen durch fingirte Cession auf den Vertretenen als *utiles actiones suo nomine* übergehen. §. 290. — Daraus erklären sich 1. 3 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19), 1. 17 D. qui potior. (20. 4) und 1. 3 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). §. 290—295. — 1. 22 §. 6 C. de jure delib. (6. 30). §. 295.

- §. 30. 2. Wenn der nicht besitzende Eigenthümer gegen den besitzenden Pfandgläubiger die *reivindicatio* anstellt. §. 296—299. — Der klagende Eigenthümer kann der Einrede des Pfandrechts mit der *replicatio doli* begegnen, indem er Zahlung anbietet und Cession verlangt, — §. 296 — erlangt aber auch gegen wirkliche Zahlungsleistung gleich ohne Cession, wie wenn *cedit* wäre, *utiles actiones suo nomine*. §. 296 ff. — 1. 12 §. 13 D. de captiv. (49. 15). §. 297—299.

B. Hypothekarische Succession zu Schutz und Stärkung von Pfandrecht.

- §. 31. Einleitung. §. 300—305. — a. Wenn der nicht besitzende bessere Pfandgläubiger gegen den besitzenden schlechteren klagt, so kann der Letztere entweder einfach Zahlung anbieten, oder mit Beziehung auf sein Pfandrecht Zahlung anbieten und Cession verlangen. §. 300 ff. — 1. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4). §. 301. — Der klagende Pfandgläubiger kann dem Cessionsverlangen nur dadurch ausweichen, daß er mit Beziehung auf sein besseres Pfandrecht seinerseits dem Gegner Zahlung anbietet und Cession abverlangt. §. 302. — b. Wenn der schlechtere nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besseren nicht besitzenden klagt, so wird derselbe Erfolg mit Hülfe einer Replik und Duplik erreicht. §. 302 f. — c. Wenn der nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besitzenden gleich guten klagt, so kann der Beklagte abermals mit Beziehung auf sein Pfandrecht Zahlung anbieten und Cession verlangen, falls aber der Kläger *replicando* gleichfalls Zahlung anbietet und Cession verlangt, der Conflict nur durch das *utile judicium communi dividundo* geschlichtet werden. §. 303.

Bestätigung des Gesagten in 1. 5 C. de solut. (8. 43). §. 303 ff.

- §. 32. *Jus offerendi et succedendi*. §. 305—309. — In allen Fällen, in welchen nach dem Vorstehenden Cession verlangt werden kann, werden gegen Zahlung oder Deposition des schuldigen Geldes gleich ohne Cession, wie wenn *cedit* wäre, *utiles actiones suo nomine* verliehen. §. 305. — In dieser Verleihung besteht das *jus offerendi et succedendi*. §. 305 f. — Die Zahlung erscheint abermals als ein für die wirklich oder fingirt cedirenden Klagen entrichteter Kaufpreis, bei dessen Entrichtung der Cessionar oder Quaccessionar durch dritte Personen, und unter diesen selbst durch den persönlichen Schuldner vertreten werden kann. §. 305—308.

- §. 33. Fortsetzung. §. 309—319. — 1. Beweis, daß das *jus offerendi et succedendi* nicht nothwendig wirkliche Zahlung, sondern im Fall unbegründeter Ablehnung nur Deposition der Schuldsomme erfordert. §. 309 ff. — 1. 1 C. qui potior. (8. 18). §. 309 f. — Die Deposition als das Mittel, ohne Anstellung der hypothekarischen Klage vom anderen Pfandgläubiger fingirte Cession zu erzwingen, läßt das

jus offerendi et succedendi auch unter mehreren nicht besitzenden Sachpfandgläubigern, ja selbst unter mehreren Forderungspfandgläubigern Platz greifen. §. 310. — 2. Beweis, daß nicht bloß dem schlechteren gegen den besseren, sondern auch dem besseren gegen den schlechteren und dem guten gegen den gleich guten Pfandgläubiger das jus offer. et succ. zusteht. §. 311—319. — Paul. sent. rec. II, 13 §. 8 und l. 5 C. qui potior. (8. 18). §. 311—313. — Wenn beide Theile das jus offer. et succ. ausüben wollen, geht der bessere Pfandgläubiger vor, und zwei gleich gute Pfandgläubiger haben den Conflict durch das utile judicium communi dividundo zu lösen. §. 311 ff. — Anwendung dieses Grundsatzes, wenn beide Theile mehrere Pfandforderungen verschiedenen Ranges haben. §. 313—319. — l. 2 C. de fidej. (8. 41). §. 314 f. — l. 3 §. 1 D. qui potior. (20. 4). §. 316 f. — l. 16 D. qui potior. (20. 4). §. 318 f. — Einzige sich von selbst verstehende Ausnahme. §. 318 f.

§. 34. Fortsetzung. §. 319—328. — 3. Beweis, daß das jus offer. et succ. bei den bezüglichlichen Gläubigern ein an derselben Sache zusammentreffendes Pfandrecht voraussetzt. §. 319 ff. — l. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 3 D. quae res pignori (20. 3), l. 1 C. de his, qui in prior. credit. loc. (8. 19). §. 319—322. — Verjährung des jus offer. et succ. §. 322. — Widerlegung der Bedenken, welche erregt werden könnten durch mehrere Stellen, insbesondere durch l. 11 §. 9 D. qui potior. (20. 4) — §. 323 f. — und l. 9 §. 3 D. qui potior. (20. 4). §. 324—328.

§. 35. Fortsetzung. §. 328—352. — 4. Beweis, daß das jus offer. et succ. in dem durch fingirte Cession bewirkten Uebergange abgeleiteter Klagen (utiles actiones) vom abgefundenen auf den abfindenden Pfandgläubiger besteht. §. 329 ff. — Nach Zusammenfassung der früher nach dieser Richtung im Einzelnen schon vorgekommenen Gründe — §. 329 f. — werden folgende Stellen erklärt: l. 12 §. 6 D. qui potior. (20. 4), l. 5 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 22 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 3 D. quae res pignori (20. 3). §. 330—334. — l. 12 §. 8 D. qui potior. (20. 4), l. 7 §. 5. 6 D. de reb. eor., qui sub tut. (27. 9), l. 12 D. eod. — l. 38 pr. D. de legat. III (32). §. 334—338. — l. 6 §. 1. 2 D. qui potior. (20. 4), l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). §. 338—342. — l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20), l. 3 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 2 D. eod., l. 5 §. 1 D. eod. §. 342—346. — l. 12 §. 5 D. qui potior. (20. 4). §. 346—352. — Bei Erklärung der letzten Stelle namentlich Erörterung der f. g. successio in suum locum. §. 346—350. — Zum Schluß Anwendung auf den Forderungs- und Austerpfandgläubiger. §. 352.

VI. Fiction der Cession bei Abfindung bevorzugter Handschriftsgläubiger durch einfache Handschriftsgläubiger.

§. 36. Bevorzugte Handschriftsgläubiger sind bei Strafe der Klagerverweigerung gehalten, einfachen Handschriftsgläubigern desselben Schuldners gegen Angebot der Zahlung Cession zu ertheilen. — §. 352 f. — Die einfachen Handschriftsgläubiger erhalten aber auch gegen Auszahlung der bevorzugten Handschriftsgläubiger gleich ohne Cession, wie

wenn cedirt wäre, deren Klagen als *utiles actiones suo nomine*. §. 253. — Die einfachen Handschriftsgläubiger können bei dieser Auszahlung von dritten Personen, und unter diesen selbst vom Schuldner vertreten werden. §. 358 f. — Daraus erklären sich folgende Stellen: l. 2 D. de cess. honor. (42. 3), l. 24 §. 3 D. de reb. auctor. jud. poss. (42. 5). §. 354—356. — l. 10 §. 1 D. quae in fraud. credit. (42. 8), l. 1 §. 11 D. de exercitor. act. (14. 1). §. 357—359.

VII. Fiction der Cession bei Regreßnahme der Solidar- und Correal-Schuldner.

§. 37. A. Mehrere ohne *dolus* solidarisch verpflichtete Vormünder und Gemeindebeamte, welche für einander zahlen müssen, haben das Recht, Cession zu verlangen oder auch gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, die Klagen des Pfleglings, beziehungsweise Gemeinwesen's als *utiles actiones suo nomine* gegen ihre Collegen und gegen sonstige für dieselben verhaftete Personen anzustellen. §. 359 ff. — Beweisstellen: I. Den Vermund betreffend: l. 1 §. 13. 14 D. de tut. (27. 3), l. 2 C. de contrar. jud. tut. (5. 58). §. 362—364. — l. 4 C. de in lit. dando tut. (5. 44). §. 364 f. — l. 3 D. de magistr. conv. (27. 8). §. 365 f. — II. Den Gemeindebeamten betreffend: l. 2 §. 8. 9 D. de admin. rer. ad civ. (50. 8). §. 366 f. — l. 12 D. ad municip. (50. 1). §. 367. — Überlegung der aus l. 30 D. de negot. gest. (3. 5) entlehnten Bedenken. §. 367 f.

B. Mehrere Bewohner desselben Hauses oder Zimmers, welche für den durch Ausgießen oder Auswerfen gestifteten Schaden solidarisch haften, können, sofern sie für einander zahlen müssen, Cession fordern, oder gleich vermöge fingirter Cession *utiles actiones* behuf ihres Regreßes anstellen. §. 368. — l. 1 §. 10 — l. 4 D. de his, qui effud. et deiec. (9. 3). §. 368 f.

C. Correalverpflichtete können insofern, als sie eine ihnen materiell fremde Schuld zahlen müssen, Cession fordern, oder ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones suo nomine* behuf ihres Regreßes erheben. §. 369—374. — l. 2 C. de duob. reis (8. 40). §. 370 ff. — l. 6 §. 7 in fin. D. mandati (17. 1). §. 372 ff.

VIII. Fiction der Cession bei der Stellvertretung in Eingehung von Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen.

A. *Utiles actiones* des Vertreters in Fällen directer Vertretung. §. 374—383.

§. 38. Zulässigkeit directer Vertretung bei solchen Geschäften, bei denen der Vertreter zunächst als Ueberlieferer fremden Eigenthums fungirt, *condictio ex mutuo, indebiti, causa data causa non secuta*. §. 375. — Grund dieser Erscheinung. §. 375 ff. — l. 72 D. de procur. (3. 3). §. 376 f. — Der Vertreter kann insofern, als er aus seinen Mitteln dem Vertretenen jene *Conditionen* direct erwerben hat, in Ermangelung sonstiger Entschädigung Cession verlangen oder gleich kraft fingirter Cession *utiles conditiones suo nomine* anstellen, — §. 377 ff. — und zwar *utiles conditiones ex mutuo* nach l. 4 C. si cert. pet. (4. 2) und l. 19 D. de adm. et peric. tut.

(26. 7), — §. 378 ff. — *utiles condictiones indebiti* nach l. 6 pr., l. 67 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6). §. 381 ff. — l. 96 §. 1 D. de solut. (46. 3), — §. 382 — *utiles condictiones causa data causa non secuta* nach l. 53 D. de condict. ind. (12. 6). §. 382 f.

B. *Utiles actiones* des Vertretenen in Fällen indirecter Vertretung. §. 382—467.

§. 39. Einleitung. §. 383—395. — Abgesehen von den *Condictio*nen wegen Darlehns und grundlosen Vermögensübergangs gilt bei den Verträgen die Regel, daß der Vertreter den Vertrag an die eigne Person zu leihen hat. — l. 11 D. de O. et A. (44. 7). §. 383 f. — Widerlegung abweichender Meinungen. §. 384 ff. — l. 11 §. 6. 7 D. de pignorat. act. (13. 7). §. 384 ff. — Der Vertreter hat also die in seiner Person begründeten Klagen dem Vertretenen zu übertragen. §. 389. — Diese Uebertragung geschieht in der Regel durch wirkliche Cession und nur dann ausnahmsweise durch fingirte Cession, wenn der Vertreter als solcher das Klagerecht begründet hat, und den materiellen Inhalt des begründeten Klagerechts sich selbst vorzubehalten entweder an sich nicht rechtlich interessirt ist, oder zwar rechtlich interessirt ist, allein — soweit dieses geschehen kann — von vornherein erklärt, sein rechtliches Interesse zu Gunsten des Vertretenen aufgeben zu wollen. §. 389. — a. Wann begründet der Vertreter das Klagerecht als solcher? §. 389 f. — b. Wann ist der Vertreter an sich nicht rechtlich interessirt, das Klagerecht sich vorzubehalten? §. 390—395. — Verschiedene Stellung der freiwilligen Vertreter — Gesellschafter, Gewerbeverwalter, Procurator — und der unfreiwilligen Vertreter — Tutor, Curator, Vorsteher juristischer Personen. §. 390 ff. — c. Wann erklärt der Vertreter von vornherein, sein rechtliches Interesse an dem begründeten Klagerecht zu Gunsten des Vertretenen aufgeben zu wollen? §. 395.

1. *Utiles actiones* des Vertretenen wegen mangels des Interesses des Vertreters. §. 396—437.

§. 40. A. Die auf amtlicher Berufung beruhende Stellvertretung der Tutoren, Curatoren, Vorsteher juristischer Personen und selbst der Obervormundschaftsbehörden betreffend, so fehlt meistens dem Vertreter ein Rechtsinteresse, die für den Vertretenen begründeten Klagen sich vorzubehalten, weshalb dieselben in der Regel gleich durch fingirte Cession als *utiles actiones* suo nomine auf den Vertretenen übergehen, §. 396 ff. — l. 5 C. quando ex facto tut. (5. 39) §. 396 — und zwar a. aus einseitigen Verträgen, — §. 397 f. — b. aus zweiseitigen Contracten. §. 399 f. — l. 4 C. quando ex facto tut. (5. 39). §. 399 f. — Basil. XXXVII, 9 c. 11. §. 399 f. — c. aus vertragsähnlichen Obligationen. §. 400 f. — Versagt ist indeß der Klagübergang durch fingirte Cession nach vorjustinianischem, durch Justinian abgeändertem, Rechte hinsichtlich der *hypothecaria actio* und selbst noch nach justinianischem Rechte hinsichtlich der *pignoratitia actio contraria* und hinsichtlich der Klagen aus Darlehns stipulationen, sofern der Vertretene nicht bereit ist, die Gefahr aller ausgetheilten Capitale zu

übernehmen; alles dieses, weil der Vertreter an deren Vorbehalte rechtlich interessiert ist. §. 401 ff.

- §. 41. B. Die auf dem Willen des Vertretenen beruhende Stellvertretung anlangend, und zwar I. des Seegshiffers und Gewerboerwalters, so wird in der Regel wirkliche Cession verlangt, und nur ausnahmsweise, sofern der Vertreter kein Rechtsinteresse am Vorbehalt der Klagen hat, fingirte Cession gestattet. §. 403—407. — I. 1 §. 18 D. de exercit. act. (14. 1), I. 1, I. 2 D. de institor. act. (14. 3), I. 5 D. de praetor. stipul. (46. 5). §. 404 ff.

- §. 42. Fortsetzung. §. 415—431. — II. Des Procurators Stellvertretung betreffend, findet fingirte Cession Statt, so oft der Procurator kein Rechtsinteresse hat, die begründeten Klagen sich vorzubehalten; welche Regel durchgeführt wird bei den Klagen: a. aus einseitigen Verträgen. §. 407 ff. — I. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). §. 407 f. — I. 26 D. de reb. credit. (12. 1). §. 408 f. — I. 68 D. de procur. (3. 3), I. 40 D. soluto matrim. (24. 3), I. 4 D. de stipul. praetor. (46. 5). §. 410 ff. — Basil. VIII, 2 c. 65. §. 410. — I. 35 §. 2 D. de donat. (39. 5). §. 412 f. — I. 20 pr. D. de novat. (46. 2). §. 415. — Basil. XXVII, 8 c. 38. §. 416 f. — I. 18 §. 16 D. de damno inf. (39. 2), I. 28 pr. D. de procur. (3. 3), I. 79 D. de V. O. (45. 1). §. 420 ff.

- §. 43. Fortsetzung. §. 422—433. — b. aus zweiseitigen Contracten, §. 422 ff. — I. 49 §. 1 D. de possess. (41. 2). §. 423 f. — I. 13 §. 25 D. de act. E. V. (19. 1). — §. 424 ff. — wohin wegen des nahen Verhältnisses zum Pfandrealcontracte auch die hypothecaria actio, wenigstens nach vorjustinianischem Rechte gezogen wird, — I. 21 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). — §. 426 f. — welches jedoch durch Justinian zu Gunsten fingirter Cession verändert ist. §. 428 ff. — Basil. XXV, 2 c. 21. §. 428. — I. 2 C. per quas person. (4. 27). §. 428 ff. — I. 17 C. de pign. et hyp. (8. 14). §. 432 f.

- §. 44. Fortsetzung. §. 433—437. — c. aus vertragsähnlichen Obligationen und zwar 1. aus der vom Vertreter erstrittenen res judicata. §. 433 ff. — I. 30 D. de procur. (3. 3). §. 433 f. — 2. aus dem vom Vertreter in jure geschworenen oder entgegengenommenen Schiedsacte. §. 435 f. — I. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3), I. 9 §. 6 D. de jure jur. (12. 2). §. 435 f. — 3. aus dem vom Vertreter in jure entgegengenommenen Geständniß. §. 436 f.

2. Utiles actiones des Vertretenen wegen aufgegebenen Interesses des Vertreters.

- §. 45. Einleitung. §. 437—439. — Ungültigkeit der Verbal- und Consensualcontracte, welche der Vertreter auf den Namen des Vertretenen stellt. §. 437. — Abweichende Behandlung der Realcontracte. §. 438. — Grund der abweichenden Behandlung. §. 438 f. — Der zweiseitige Realcontract, bei welchem der Vertreter die Gegenleistung von vornherein dem Vertretenen ausbedingt, begründet directae actiones für den Vertreter und sofort vermöge fingirter Cession utiles actiones suo nomine für den Vertretenen. §. 438 f.

— Durchführung dieser Regel A. bei den benannten Realcontracten, — §. 439—449 — und zwar beim commodatum und depositum; §. 439—445 — l. 8 C. ad exhib. (3. 42). §. 439 f. — Collat. leg. Mosaic. et Rom. X, 7 und l. 1 §. 11 D. depos. (16. 3). §. 440 ff. — l. 19 C. de usur. (4. 32). §. 442 ff. — l. 78 §. 1 D. ad SCT. Trebell. (36. 1). §. 444 f. — beim pignus. §. 445 ff. — l. 2 C. si pign. pign. (8. 24). §. 447 f. — l. 40 §. 2 D. de pignorat. act. (13. 7). §. 447 ff.

- §. 46. Fortsetzung. §. 449—466. — B. bei den unbenannten Realcontracten. §. 449 ff. — l. 3 C. de donat. quae sub modo (8. 55). §. 449—453. — l. 7 C. de pact. conv. (5. 14). §. 453 ff. — Basil. XXIX, 1 c. 94. §. 455. — Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 68. §. 456. — l. 45 D. solut. matrim. (24. 3). §. 456 ff. — l. 13 pr. D. de pignorat. act. (13. 7). §. 460 ff. — Dabei Untersuchung über das Klagerecht des Pfandgebers gegen den Cessionar des Pfandgläubigers auf Rückgabe des Pfandes. §. 463. — l. 10 D. praescr. verb. (19. 5). §. 463 ff.

IX. Fiction der Cession bei denjenigen Klagen, welche der zur Restitution der Erbschaft verpflichtete Erbschaftsbesitzer dem Erbberechtigten zu cediren hat.

- §. 47. Der Erbschaftsbesitzer, welcher die Erbschaft herausgeben muß, hat alle Klagen abzutreten, welche er in Bezug auf die Erbschaft und in Veranlassung derselben erworben hat. Die abzutretenden Klagen gehen aber auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als utiles actiones suo nomine über, so oft der Erbschaftsbesitzer kein rechtliches Interesse hat, den Inhalt derselben sich vorzubehalten. §. 466. — Durchführung dieser Regel A. im Fall der Grund der Erbschaftsrestitution im Vorhandensein eines Erbschaftsfideicommisses liegt, — §. 467—470 — am constitutum — §. 467 f. — l. 22 D. de constit. pec. (13. 5) — §. 467 f. — und an der Bürgschafts stipulation; §. 468 f. — l. 21 pr. D. de fidej. (46. 1) — §. 468 f. — auch als Gegensatz an der hypothecaria actio. §. 469 f. — l. 73 pr. D. ad SCT. Trebell. (36. 1). §. 469 f.
- §. 48. Fortsetzung. §. 470—484. B. im Fall der Grund der Erbschaftsrestitution in dem Mangel des Erbrechts liegt, — §. 470 ff. — außer an dem constitutum und der Bürgschafts stipulation, an der Zurückforderung der vom gutgläubigen Besitzer mit Erbschaftsmitteln geleisteten Zahlungen 1. von Erbschaftsschulden; §. 471—476. — l. 31 pr. D. de hered. pet. (5. 3). §. 472 f. — l. 95 §. 8 D. de solut. (46. 3). §. 473 f. — l. 5 C. de hered. pet. (3. 31). §. 474 f. — 2. von Vermächtnissen; §. 476—480. — l. 8 §. 16 D. de inoffic. test. (5. 2). §. 477 f. — l. 3 D. de conduct. indeb. (12. 6) — §. 478 — und als Gegensatz l. 49 D. de neg. gest. (3. 5), — §. 479 f. — mit Widerlegung der durch l. 26 D. de neg. gest. (3. 5) erregten Zweifel. §. 480 ff.
- §. 49. Fortsetzung. §. 484—498. — C. im Fall der Grund der Erbschaftsrestitution in der Wiederlosmachung des Erben von der bereits erworbenen Erbschaft durch restitutio in

integrum liegt, — §. 484 ff. — an der Zurückforderung der aus Erbschaftsmitteln geleisteten Zahlungen von Erbschaftsschulden, §. 487 ff. — l. 6 §. 1. 2 D. de reb. auctor. jud. possid. (42. 5). §. 487 ff. — l. 24 pr. D. quae in fraud. cred. (42. 8). §. 491 ff. — l. 61 D. de condict. ind. (12. 6) — §. 493 ff. — und von Vermächtnissen; §. 495 ff. — l. 5 D. de condict. indeb. (12. 6) — §. 495 ff. — auch an der Zurückforderung der aus Erbschaftsmitteln gegebenen Darlehen. §. 497 f. — l. 90 D. de solut. (46. 3). §. 497 f.

X. Fiction der Cession in verschiedenen nicht unter eine gleichartige Gruppe zu bringenden Fällen.

§. 50. A. Wirklich hierher gehörige Fälle. §. 498—502.

1. Wenn Jemand aus den Mitteln eines Anderen eine Klage erworben hat, deren Cession ihm obliegt aber wegen inzwischen eingetretenen Bankerotts von ihm nicht vollzogen werden kann, so erhält der Cessionärberechtigte ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones suo nomine. §. 498 ff. — l. 7 pr. D. de fundo dot. (23. 5). §. 499 ff. — Ebenso werden kraft fingirter Cession utiles actiones ertheilt in den Fällen:

2. der l. 29 pr. D. ad Sct. Vellej. (16. 1). §. 501.

3. der l. 9 §. 4 D. ad exhib. (10. 4). §. 501 f.

4. der l. 22 §. 5 C. de jure delib. (6. 30). §. 502.

5. der l. un. C. de vend. rer. fisc. (10. 4). §. 502.

B. Nicht hierher gehörige Fälle. §. 503. 504.

Berichtigungen und Zusätze.

- §. 110 3. 21 statt »bethätigt¹⁴²).« lies: »bethätigt¹⁴²), und trifft überhaupt nicht zu, wenn der Gläubiger die Annahme der dargebotenen Zahlung aus einem gerechten Grunde verweigert a), z. B. weil er bereits durch den zu seiner Befriedigung vollzogenen Verkauf des Pfandes dem Käufer in Vertretung des Verpfänders dauerndes Haben und in eigner Vertretung Pfandrecht zugesagt hat b).«
- §. 110 3. 1 v. u. setze hinzu: »a) l. 72 pr. D. de solut. (46. 3). — b) §. 227 not. 36.«
- §. 130 3. 7 v. u. hinter »(50. 17).« setze hinzu: »Nov. 91 pr. . . aut creditoribus.«
- §. 131 3. 30 statt »funden⁸⁷)« lies: »funden⁸⁷)«, 3. 31 statt »erlangt,« lies: »erlangt!«.
- §. 188 3. 9 v. u. hinter »(42. 7),« setze hinzu: »l. 90 D. de solut. (46. 3).«
- §. 207 3. 4 hinter »Tochter« setze hinzu: »nach dem Zusammenhange mit den von Ulpian voraus- und nachgeschickten Erörterungen.«
- §. 223 3. 10. 11 statt »Existenz des Pfandrechts und die zugesagten Eigenschaft desselben« lies: »juristische Güte des Pfandrechts.«
- §. 393 3. 14 v. u. hinter »sit.« setze hinzu: »l. 3 C. de curator. furiosi (5. 70) in Verbindung mit Schol. 1 zu Basil. XXXVIII, 10 c. 19 (Heimb. III, p. 774). *Ἡ οὐτιμία αὐτῇ οὕτω κινεῖται, ὥστανεὶ πρὸς αὐτὸν γένητο τὸ συνάλλαγμα μετὰ συναίνεσεως τοῦ κουράτωρος, καὶ λοιπὸν κινεῖται ἡ ἀγωγή κατὰ τοῦ κουράτωρος, ὡς ἐκ προσώπου τοῦ μαινομένου.* — Haec utilis actio intenditur perinde, ac si cum ipso contractus initus fuisset consensu curatoris, et deinde actio instituitur in curatorem, quasi ex persona furiosi.
- §. 402 3. 29 statt »Pfleger« lies: »Pflegling«.
- §. 470 3. 29 hinter »ihm« setze hinzu: »mindestens«. 3. 1 v. u. hinter »(31).« setze hinzu: »l. 72 §. 3 D. de condit. (35. 1), l. 108 §. 12 D. de legat. I (30). §. Mommsen Lehre von der Mora §. 393 not. 5.«

Erster Theil.

Cessionsform.

Allgemeines. Abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Delegation, welche durch Stipulation geschieht, kennt das römische Recht für die Abtretung von Forderungen nur eine Form, den Klagauftrag mit der Erlaubniß, das Eingeklagte zu behalten, oder — wie man auch sagen kann — den Klagauftrag mit dem Verzicht auf die mandati actio, den Klagauftrag zu des Beauftragten eigenem Besten, *mandatum agendi in rem suam* oder in *proprium lucrum*¹⁾, auch *cessio*²⁾ oder griechisch *ἐκχώρησις* genannt. Die Basilikenscholie hat daher Recht zu sagen³⁾:

ἀγωγή ἅπαξ ἀρμόδια προσώπῳ χωρὶς ἐκχωρήσεως οὐ δύναται πρὸς ἕτερον μετατίθεσθαι πρόσωπον.

nur muß unter der Cession (*ἐκχώρησις*) nicht bloß die wirkliche, sondern auch die fingirte verstanden werden. Das *mandatum agendi in rem suam* ist nämlich bald ein wirkliches, bald nur ein fingirtes. Jenes ist die Regel und bewirkt, daß der Cessionar sowohl nach Civilrecht im fremden Namen direct, als auch nach prätorischem Recht

¹⁾ 1. 4 C. si cert. pet. (4. 2), 1. 4 C. de procur. (2. 13). Interpret.: *ἐνταλθῇ τῇ γυναικί* zu Basil. VIII, 2, c. 78. Interpret. zu Basil. VIII, 2, c. 83 (Heimb. I, p. 402. 405). — — ²⁾ 1. 22, 1. 23 C. mand. (4. 35), 1. 33 C. de donat. (8. 54), 1. 2 C. de div. tut. (5. 52), 1. 30 D. de her. pet. (5. 3), 1. 1 f. C. de magistr. conv. (5. 75). — — ³⁾ Schol. 233 zu Basil. XVIII, 5, c. 53 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 234). Actio, quae semel alicui personae competit, sine cessione ad aliam personam transferri non potest. Schol. 3 zu Basil. XXIX, 1, c. 35 (Heimb. III, p. 374 sq.), Schol. 1 pr. zu Basil. XII, 1, c. 3 (Heimb. I, p. 729).

im eigenen Namen utiliter klagen kann⁴⁾; dieses ist die Ausnahme und verschafft dem Quasiceffionar bloß das Recht, im eigenen Namen utiliter, nicht auch das Recht, im fremden Namen direct zu klagen⁵⁾; ein Unterschied, der wichtig genug ist, um beide Cessionarten gesondert zu betrachten.

Erste Abtheilung.

Die wirkliche Cession.

Erstes Kapitel.

Form des *mandatum agendi in rem suam*.

§. 2. Der wirkliche Klagauftrag zu des Beauftragten eigenem Besten (in rem suam) unterscheidet sich in der Form gar nicht von dem Klagauftrage zu fremdem Besten (in rem alienam)¹⁾. Nach Vorjustinianischem Rechte konnte namentlich jener wie dieser feierlich oder unfeierlich ertheilt werden, je nachdem ein cognitor²⁾ oder ein procurator³⁾ bestellt werden sollte.

Der feierliche Klagauftrag oder die Einsetzung eines cognitor wurde durch gewisse mündlich ausgesprochene Worte in Gegenwart der anderen Partei erklärt⁴⁾ und gestattete keine Bedingungen⁵⁾. Der unfeierliche Klagauftrag oder die Ernennung eines procurator konnte von jeher ohne feststehende Formel ausdrücklich oder

⁴⁾ C. §. 2. — — ⁵⁾ l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 18 C. de legat. (6. 37). — Schöl. 1 zu Basil. XXIV, 3, c. 5. — Schöl. 1 zu Basil. XXIV, 3, c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.).

¹⁾ l. 7 §. 1 C. Theod. de cognit. (2. 12) Pauli sent. rec. I, 2 §. 3, I, 3, pr. — Gaj. IV, 83. 84 §. 1, I, per quos agere poss. (4. 10). — — ²⁾ Gag. II, 252. — Fr. Vat. §. 260. 317. 339. — Paul. sent. rec. I, 2, §. 2. 3. — — ³⁾ l. 2 §. 5 D. fam. herc. (10. 2), l. 24 pr. D. de min. (4. 4), l. 8 §. 10 D. mand. (17. 1), l. 8, §. 2, l. 25, l. 28, l. 29, l. 30, l. 33, §. 5, l. 55 D. de procur. (3. 3), l. 3 §. 5 D. de in rem verso (15. 3). — Schöl. 9 zu Basil. XIV, 1, c. 8 §. 10 (Heimb. II, p. 80). — l. 6 C. de O. et A. (4. 10), l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58) l. 17 §. 3 D. de jurejur. (12. 2). — — ⁴⁾ Gaj. IV, 83. 97. — Fr. Vat. §. 318. 319. 329. — Fest. s. v. cognitor. — Pseudo Ascon. ad cap. 4 Divin. — Isidor. Differ. c. 123. — Interpret. Visigoth. ad l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12). — Keller Proc. §. 52. — — ⁵⁾ Fr. Vat. §. 329. — Ueber den Grund s. Fitting im Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 344.

stillschweigend⁶⁾, in Gegenwart oder Abwesenheit und mit oder ohne Wissen und Willen der anderen Partei⁷⁾, unbedingt oder bedingt⁸⁾, unbetagt oder betagt⁹⁾, für die ganze Forderung oder für einen Theil derselben¹⁰⁾ gültig zu Stande kommen. Der feierliche Klagauftrag hatte den Vorzug, den Beauftragten dem Beklagten gegenüber von der *cautio de rato* zu befreien¹¹⁾, fing aber bald an, den Vorzug mit dem in Gegenwart der anderen Partei erklärten unfeierlichen Klagauftrage oder mit der Ernennung eines *procurator praesentis* zu theilen¹²⁾, und war deshalb schon vor Justinian außer Gebrauch gekommen. Im *Corpus juris* ist daher nicht mehr vom *cognitor*, weder in *rem suam*, noch in *rem alienam*, sondern nur noch vom *procurator* in *rem suam* und in *rem alienam* die Rede, obgleich einige Stellen, welche in ihrer jetzigen Gestalt des *procurator* in *rem alienam* und des *procurator* in *rem suam* erwähnen, immerhin ursprünglich vom *cognitor* in *rem alienam* und *cognitor* in *rem suam* gehandelt haben mögen.

Die Thätigkeit, wodurch ein *procurator in rem suam* bestellt wird, heißt: *actionem mandare*¹³⁾, *actionem* oder *actione cedere*¹⁴⁾, *actionem* oder *obligationem*¹⁵⁾ *praestare*¹⁶⁾, *exhibere*¹⁷⁾, *transferre*¹⁸⁾, *dare*¹⁹⁾, *tribuere*²⁰⁾, *delegare*²¹⁾.

⁶⁾ Gaj. IV, 84. — Paul sent. rec. I, 3 §. 1. — — 7) Gaj. IV, 84. — 1. 3 C. de her. vel act. vend. (4. 39), 1. 1 C. de mar. et deleg. (8. 42), 1. 2 C. de donat. (8. 54). — — ⁸⁾ 1. 3 D. de procur. (3. 3) cf. 1. 19 D. de her. vel act. (18. 4), 1. 21 §. 2 D. de liber. leg. (34. 3). — — ⁹⁾ 1. 3 D. de proc. (3. 3). — — ¹⁰⁾ 1. 70 pr. D. de legat. II (31) cf. 1. 23. pr. C. mand. (4. 35) — partem debiti venditionis titulo transferre. — 1. 82 D. ad leg. Falcid. (35. 2). — — ¹¹⁾ Gaj. IV, 97. 100. — pr. J. de satisfat. (4. 11). — Theophil. h. l. — 1. 22 §. 8 rat. rem hab. (46. 8). — — ¹²⁾ Fr. Vat. §. 317. 331. 333. — §. 3 J. de satisfat. (4. 11), 1. un. C. de satisfat. (2. 57), 1. 65 D. de procur. (3. 3.), 1. 21 D. rat. rem hab. (46. 8), Consult. Vet. Jetti §. 3. — — ¹³⁾ 1. 2 C. de contr. jud. tut. (5. 58), 1. 1 §. 13. 14. 18 D. de tut. et rat. (27. 3), 1. 70 D. de proc. (3. 3), 1. 34 pr. D. de legat. III (32), 1. 17 D. de transact. (2. 15). — — ¹⁴⁾ 1. 24 pr. D. de min. (4. 4), 1. 14 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — Der Ausdruck concedere scheint nicht gleichbedeutend mit cedere zu sein. 1. 16 D. de pecul. (15. 1), 1. 35 pr. D. de donat. (39. 5). — A. M. in Mühlenbr. Gess. §. 18 not. 411. — — ¹⁵⁾ 1. 64 §. 4 D. solut. matrim. (24. 3), 1. 2 §. 8 D. de her. vel act. vend. (18. 4). — — ¹⁶⁾ 1. 4 §. 4 D. de in diem addict. (18. 2), 1. 11 §. 10 D. quod vi aut cl. (43. 24), 1. 39 §. 14 D. de admin. et per. tut. (26. 7), 1. 35 pr. D. de donat. (39. 5), 1. 18 pr. D. de her. pet. (5. 3), 1. 80 §. 5 D. de furt. (47. 2). — — ¹⁷⁾ 1. 35 §. 4 D. de contrah. emt. (18. 1), 1. 57 D. de legat. I (30). — — ¹⁸⁾ 1. 2 C. de div. tut. (5. 52), 1. 6 C. arbitr. tut. (5. 51), 1. 35 §. 4 D. de contrah. emt. (18. 1). — — ¹⁹⁾ 1. 76 D. de legat. I (30), 1. 34 §. 1 D. de legat. III (32), 1. 17 §. 2 D. de exc. doli (44. 4). — — ²⁰⁾ 1. 2 §. 3 D. de hered. vel act. vend. (18. 4). — — ²¹⁾ 1. 68 §. 1 D. de evict. (21. 2) cf. 1. 30 D. de pign. et hyp. (20. 1),

Dem unfeierlichen Klagauftrage, welcher vom Sedenten selbst ertheilt wird, steht übrigens vollkommen gleich diejenige Klagermächtigung, welche unter höherer Autorisation von dem gesetzlichen Vertreter eines handlungsunfähigen Sedenten ausgeht und den Cessionar zum actor in rem suam bestellt²²). Weil nämlich der Beauftragende nur seiner eigenen Person, nicht einer dritten Person einen Vertreter zu bestellen vermag und als procurator richtig nur derjenige bezeichnet wird, qui aliena negotia mandatu domini administrat²³): so kann ein procurator ad agendum, sei es in rem alienam²⁴), sei es in rem suam²⁵), nur von demjenigen ernannt werden, welcher dominus litis, d. h. im eigenen Namen zu klagen befugt ist. Die gesetzlichen Vertreter einer handlungsunfähigen Person, z. B. der Vorstand oder sonstige verfassungsmäßige Geschäftsführer (Syndicus) einer Stadtgemeinde²⁶), der Tutor eines Unmündigen²⁷), der Curator eines Minderjährigen, Wahnsinnigen u. 27), haben aber Klagrechte nur im Namen des Vertretenen, befinden sich also außer Stande, procuratores ad agendum wie in rem alienam²⁸), so noch mehr in rem suam²⁹) zu ernennen.

Stadtgemeinden und andere juristische Personen würden demnach überhaupt, und pfleghafte Personen wenigstens so oft sie durch Krankheit, Wahnsinn oder Abwesenheit verhindert waren, unter Hinzutritt der auctoritas tutoris oder des consensus curatoris sich persönlich zu betheiligen³⁰), unfähig gewesen sein, Proceßvertreter oder Cessionare

l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58). C. §. 9. — l. 51 D. de pecul. (15. 1). — — 22) l. 6 §. 3 D. quod ej. univ. nom. (3. 4). — — 23) l. 1 pr. D. de procur. (3. 3) cf. l. 4 §. 6 D. de offic. procons. (1. 16). — — 24) l. 17 §. 20 D. de injur. (47. 10), l. 8 §. 3 D. mand. (17. 1), l. 4 §. 5 D. de appell. (49. 1), l. 8, l. 23 C. de proc. (2. 13), l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12). Int. pr. Visig. ad h. l. cf. c. 1 §. 1 in VIto de procur. (1. 19). — — 25) l. 33 C. de donat. (8. 54). — — 26) l. 3 D. quod ej. univ. nom. (3. 4), l. 1 C. de peric. nomin. (11. 33) — nomine publico convenire. — Schol. zu Basil. XI, 1 c. 14 (Heimb. I, p. 584). — — 27) Gaj. IV, 82. 99. — pr. l. de iis, per quos agere (4. 10), pr. l. de satisdat. (4. 11), l. 58 §. 1 D. de admin. tut. (26. 7), l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5. 45). — Schol. zu Theophil. IV, 11 §. 1 — ἐν τῷ ὀνόματι γὰρ alieno nomine τινὸς ὑπέρ. — — 28) l. 74 D. de procur. (3. 3) cf. Basil. VIII, 2, c. 70 mit Schol. (Heimb. I, p. 398). — l. 11 C. de procur. (2. 13), l. 4 C. de negot. gest. (2. 19) Basil. XVIII, 2, c. 4 (Heimb. II, p. 220). — — 29) l. 37 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), Ulpian. — quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest. — — 30) Fr. Vat. §. 326. — l. 37 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), Theophil. I, 23 §. 6. — l. 24 pr. D. de admin. tut. (26. 7), l. 18 D. de auct. et consens. tut. (26. 8), l. 11, l. 14 C. de procur. (2. 13), l. 1 §. 3. 4 D. de admin. tut. (26. 7), l. 12 C. eod. (5. 37), l. 45 §. 2 D. de re judic. (42. 1), l. 2 C. qui legit. pers. (3. 6). — Auf das Erforderniß des consensus curatoris bezieht es sich, wenn Paulus von dem cessionspflichtigen

zu bestellen, wenn nicht ihren gesetzlichen Vertretern ausnahmsweise wäre gestattet worden, unter Mitwirkung beziehungsweise des Stadt- senats (*ordo decurionum*)³¹⁾ und des Prätor³²⁾ Vertreter des Vertretenen, *actores*³³⁾, zu ernennen, welche im Namen der vertretenen handlungsunfähigen Person klagen³⁴⁾ und als *actores in rem alienam*³⁵⁾ alle Rechte und Pflichten der *procuratores in rem alienam*³⁶⁾, wie als *actores in rem suam* alle Rechte und Pflichten der *procuratores in rem suam*³⁶⁾ erhalten, deshalb aber auch im weiteren Verlaufe dieser Erörterung nicht mehr besonders erwähnt zu werden brauchen, da alles, was vom *procurator in rem suam* gelehrt werden muß, ohne Weiteres auch vom *actor in rem suam* gilt.

Zweites Kapitel.

Wirkung des *mandatum agendi in rem suam*.

Das wirkliche *mandatum agendi* berechtigt den *procurator* in §. 3. *rem suam* in doppelter Form zu klagen¹⁾, entweder nach dem Civil- rechte wie ein Vertreter im Namen des Cedenten, direct

Minorjährigen sagt: *compellendus est sic cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat*. — Ver- angesetzt wird die *auctoritas tutoris* in l. 39 §. 14 D. de admin. tut. (26. 7), l. 1 §. 13 D. tut. (27. 3). — So lange die Frauentutul galt, bedurfte die Frau der *auctoritas tutoris* zwar nicht zur Bestellung eines *procurator* (Fr. Vat. §. 325. 327), wahrscheinlich aber zur Bestellung eines *cognitor*. — cf. Ulp. XI, 27. Stemann in Sell's Jahrb. Bd. 3 S. 239 f. — —³¹⁾ l. 3, l. 6, l. 10 D. quod euj. univ. nom. (3. 4), l. 9 D. rat. rem hab. (46. 8) cf. l. 27 pr. D. ad Scit. Trebell. (36. 1). — —³²⁾ l. 24 pr. D. de admin. tut. (26. 7), §. 6 J. de curat. (1. 23) Theophil. ad h. l. — l. 6 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. un. C. de actore (5. 61), l. 13 §. 1 D. de tut. (26. 1), l. 31 §. 6 D. de neg. gest. (3. 5). — —³³⁾ Actor soll dieser Vertre- ter heißen, quia per acta constituitur. — Theophil. I, 23 §. 6. — Schol. 1 zu Basil. VIII, 2, c. 85 (Heimb. I, p. 406). — —³⁴⁾ Tit. Dig. 3. 4. — Quod cujuscunque universitatis nomine agatur. — l. 8 D. de pollicit. (50. 12) — actores pro civitate agere possunt nomine publico. l. 1 fin. C. de peric. nom. (11. 33). — l. 3 §. 4 D. de bonor. poss. (37. 1) cf. l. 10 §. 4 D. de in jus voc. (2. 4), l. 31 §. 6 D. de neg. gest. (3. 5). — —³⁵⁾ l. 1 §. 1, l. 2, l. 6 §. 2. 3, l. 10 D. quod euj. univ. nom. (3. 4), l. 6 D. quando ex facto tut. (27. 9). — —³⁶⁾ l. 6 §. 3 D. quod euj. univ. nom. (3. 4), l. 46 §. 1 D. de adm. tut. (26. 7), l. 2 l. 4 pr. D. rem pup. (46. 6), l. 40 D. de vulgari (28. 6), l. 18, l. 19 D. de adopt. (1. 7).

¹⁾ Donelli comm. XV, 44 §. 15 fin. (ed. Bucher. IX, p. 462).

alieno nomine²⁾ — mandata actio³⁾, cessa actio⁴⁾ — oder nach prätorischem Rechte und dessen durch kaiserliche Rescripte geschehener Bestätigung⁵⁾, wie der Herr des Klagrechts im eigenen Namen⁶⁾, utiliter suo nomine — utilis actio —.

Der Unterschied zwischen dem Klagen im fremden Namen und dem Klagen im eigenen Namen bedeutet nach wirtschaftlicher oder materieller Betrachtung, daß man den Rechtsstreit hier auf eigene, dort auf fremde Rechnung betreibt⁷⁾, nach formeller oder juristischer Anschauung dagegen, daß man seine Klagbitte hier aus seiner eigenen Person und seinem eigenen Rechte, dort aus der Person und dem Rechte eines Anderen begründet⁸⁾. Der procurator in rem suam klagt nun vermöge seines Begriffes stets und unter allen Umständen auf eigene, nicht auf fremde Rechnung, kann also nur im formellen oder juristischen Verstande beliebig entweder im fremden oder im eigenen Namen zu klagen im Stande sein. Für die Einrichtung der zu ertheilenden Formel folgt daraus einerseits, daß bei der utilis actio suo nomine sowohl die intentio, als die condemnatio auf den Namen des Cessionars lautet⁹⁾, andererseits, daß bei der directa actio alieno nomine die intentio aus der Person des Cedenten entlehnt und nur die condemnatio auf den Namen des Cessionars gerichtet ist¹⁰⁾.

Derselbe Unterschied findet sich im Wesentlichen zwischen den

²⁾ l. 18 C. de legat. (6. 37) in Verbindung mit Gaj. IV, 82. — l. 3 D. fam. herc. (10. 2) Theophil. II, 23 §. 3. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3, c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.). — §. 4 not. 18. — — ³⁾ l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 5 C. de her. vel act. (4. 39), l. 9 C. de proc. (2. 13), l. 53 D. de pecul. (15. 1), l. 43 D. de usur. (22. 1), l. 18 C. de legat. (6. 37), l. 76 D. de solut. (46. 3), l. 1 C. de magistr. conv. (5. 75), l. 2 l. 3 C. si cert. pet. (4. 2), l. 70 D. de procur. (3. 3). — — ⁴⁾ l. 76 D. de solut. (6. 3), l. 11 C. de fidej. (8. 41). — — ⁵⁾ Basil. XXIV, 3, c. 5 fin. (Heimb. III, p. 20 sq.). — §. 3 not. 18. — §. 4 not. 17. — — ⁶⁾ l. 55 D. de procur. (3. 3), l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 18 C. de legat. (6. 37), l. 9 C. de her. vel act. (4. 39). — Basil. XXXVIII, 9, c. 11 (Heimb. III, p. 673). — — ⁷⁾ l. 1 §. 11. 12 D. quando appell. (49. 4) cf. Muther zur Lehre von der röm. actio §. 150 ff. (einsseitig). — — ⁸⁾ Gaj. IV, 82. 86. 87. — pr. J. de iis, per quos agere poss. (4. 10), Theophil. I. 1, — Gaj. IV, 96—98. 101. 102. — pr. §. 1—3 J. de satisfat. (4. 11), l. 39 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5. 45) pupillorum nomine agendo — licet ex eorum persona injunctas impleat intentiones. — — ⁹⁾ cf. v. Savigny Obligationenr. I, §. 246. — Windscheid hat in seinem neueren Werke: Die actio des röm. Civilrechts §. 128, dieselbe früher in der Münchener krit. Ueberschau I, §. 42 von ihm verteidigte Meinung ohne ausreichenden Grund zurückgenommen. — — ¹⁰⁾ l. 9 C. de procur. (2. 13).

früheren *direct procuratorio* oder *cognitorio nomine*¹¹⁾ und den späteren *utiliter suo nomine* anzustellenden Klagen des *Universal-fideicommissars*¹²⁾, sowie zwischen der mit der *bonorum emptio* zugleich eingeführten *Rutiliana actio* und der jüngeren *Serviana actio* des *bonorum emtor*¹³⁾. Die Formel der *Rutiliana actio*, mit welcher der *bonorum emtor* als ein Vertreter des *Gemeinschuldners* klagt, beschreibt *Gajus* folgendermaßen¹⁴⁾:

(*Bonorum emtor*) *ex persona ejus, cujus bona emerit, sumta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur.*

Mit der *Serviana actio* dagegen, welche im Wesentlichen den Erfolg der dem *Cessionar* gegebenen *utilis actio suo nomine* theilte, tritt der *bonorum emtor* ficto se herede gleich dem *Universal-fideicommissar*, also *utiliter suo nomine* etwa in der Weise¹⁵⁾:

I. E. Si *Aulus Agerius*, qui *Lucii Titii* bona emit, *Lucii Titii* heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex jure *Quiritium* ejus esse oporteret¹⁶⁾,

oder bei einer persönlichen Klage:

I. E. Si *Aulus Agerius*, qui *Lucii Titii* bona emit, *Lucii Titii* heres esset, tum si pareret, *Numerium Negidium* *Aulo Agerio* X millia dare oportere.

Die *Rutiliana actio* entspricht also der *directa actio alieno nomine* und die *Serviana actio* der *utilis actio suo nomine* des *Cessionars*, und diejenigen Rechtslehrer sind im Irrthume, welche umgekehrt die *Rutiliana actio* als ein Muster für des *Cessionars* *utilis actio* aufstellen¹⁷⁾. Denn obgleich es im Allgemeinen¹⁸⁾ richtig ist, daß jede *utilis actio*, um mit *Gajus* zu reden¹⁹⁾: *ad aliam actionem exprimitur*, so ist doch das Vorbild der *utilis actio suo nomine* des *Cessionars* die *directa actio* des *Gedenten* in der Gestalt, wie dieser selbst im eigenen Namen sie aufstellt, nicht aber in

¹¹⁾ *Gaj.* II, 252. — *Theophil.* II, 23 §. 3. — — ¹²⁾ *Gaj.* II, 253. III, 81. 82. IV, 34. — *Ulp. fr.* XXVIII, 12. — §. 4. 7. *J. de fideic. her.* (2. 23). *Theophil.* II, 23 §. 4. 7. — l. 1 §. 2 *D. ad ScT. Trebell.* (36. 1). — —

¹³⁾ *Gaj.* IV, 35 — *Theophil.* III, 12 pr. — *Gusäke Stud.* S. 309. — *Zeitschr. für Civilt. u. Proc.* N. F. Bd. XIV, S. 120 ff. — *Keller Proc.* S. 85. — —

¹⁴⁾ *Gaj.* IV, 35. — — ¹⁵⁾ *Gaj.* IV, 34. 35. — III, 80. 81. — *Theophil.* III, 12 pr. — cf. *Ulp. fr.* XXVIII, 12. — — ¹⁶⁾ v. *Schneuerl Beiträge* S. 38, S. 132 f. will ohne Grund lesen: *pareret* cf. *Krit. Zeitschr.* I, S. 473. — —

¹⁷⁾ *Mühlenbr. Cess.* §. 16 S. 183 ff. — *Windscheid actio* des röm. *Civilt.* S. 128. — — ¹⁸⁾ Ausnahmen in l. 34 *D. de re jud.* (42. 1), l. 26 §. 3 *D. de pact. dot.* (23. 4). — cf. *Ruther zur Lehre von der röm. actio.* S. 138. — — ¹⁹⁾ *Gaj.* IV, 10. 32—38.

den Modificationen, die sie durch Stellvertretung, durch das Klagen im fremden Namen erleidet.

Das Mittel, die *utilis actio suo nomine* des Cessionars als eine von der *directa actio suo nomine* des Cedenten abgeleitete Klage darzustellen, bestand einfach darin, daß der Prätor in Nachahmung der Musterklage (*ad exemplum*)²⁰⁾ eine *formula fictitia* ertheilte²¹⁾, oder auch in seltenen Fällen mit Verschmähung jeder Formel ein Extraordinarverfahren anordnete²²⁾.

Die *formula fictitia* beruhte auf der Rechtsdichtung, der Cessionar sei Herr des Klagrechts, *dominus actionis*, und führte im Ganzen zu dem nämlichen Erfolge, als ob der Cessionar selbst das Klagrecht begründet hätte²³⁾. Den hier nur als vorläufige Bescheinigung anzutretenden Beweis liefern vorzugsweise:

a. nicht nur Paulus und Ulpianus, welche mit unverkennbarer Beziehung auf die *utilis actio suo nomine* vom *procurator in rem suam* sagen: *domini loco habetur*²⁴⁾ — von den Basiliken wiedergegeben mit: *δεσπότου τάξιν ἐπέχει* oder *κύριος τῆς*

²⁰⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). C. §. 24. — cf. l. 5 §. 21 D. ut in poss. legat. (36. 4), l. 1 C. de prec. (8. 9), l. 17 §. 3 D. de usufr. (7. 1), l. 13 §. 25 D. de act. E. V. (19. 1), Collat. leg. Rom. XII, 7 (und dazu l. 11 D. praescr. verb. 19. 5), l. 1 C. de rer. perm. (4. 64), l. 55 §. 1 D. de fideic. lib. (40. 5), l. 2 D. si quis omnia caus. test. (29. 4), l. 12 D. ad leg. Aquil. (9. 2). — ²¹⁾ Schol. 17 zu Basil. XIV, 1, c. 6 §. 7 (Heimb. II, p. 76) — *ἀγωγή οὐτίκα ἦτοι πλαστή* — *actio utilis seu fictitia* — cf. l. 6 §. 7 D. mand. (17. 1). C. §. 24. — Außerdem Ulp. fr. XXVIII, 12. — Gaj. II, 253. IV, 34. — §. 4 J. de fideic. her. (2. 23), l. 43 D. ex quib. caus. maj. (4. 6), l. 1, l. 2 D. de possess. her. pet. (5. 5). — ²²⁾ Die Concipirung einer in *factum actio*, welche man wohl als dritte Form aufgestellt hat, läßt sich nicht nachweisen, da alle in Bezug genommene Stellen von einer *utilis in factum actio* zu verstehen sind, und zwar: von einer *utilis in factum actio civilis* oder *praescr. verb. l. 13 pr. D. de pignor. act. (13. 7)*. C. §. 46. — l. 9 §. 4 D. ad exhib. (10. 4) f. §. 50 not. 27 — von einer *utilis in factum actio depositi*. Schol. 3 zu Basil. XXIII, 3, c. 67 (Heimb. II, p. 727), f. §. 45 not. 21 — von einer *utilis in factum actio de effus. et deject.* Schol. 2 zu Basil. LX, 4, c. 4 (Heimb. V, p. 329), f. §. 37 not. 55—57. — ²³⁾ Die Richtigkeit dieser Anschauung hat sich in einem einzelnen Falle auch dem Cujac. aufgedrängt (*ad Cod. 4. 49. ed. Neapol. IX, p. 387 D.*). Wenn nämlich der Fiscus sein Vorrecht, eine gemeinschaftliche Sache in *solidum* zu verkaufen [l. un. C. de vend. rer.isci (10. 4), l. 2 C. de com. rer. alien. (4. 52)] ausgeübt hat, so giebt Cujac. dem Miteigenthümer wegen seines Antheils am Kaufpreise die Befugniß: *petere actione ex vendito utili, quasi videatur ipse vendidisse, quod fiscus vendidit suo jure*. — C. §. 50. — ²⁴⁾ l. 13 §. 1 D. de pact. (2. 14).

*δίκης πιστευόμενος*²⁵⁾ — und *dominio* (sc. *actionis*) in eo plerumque ex *justa causa translato*²⁶⁾, sondern auch spätere Rechtsquellen, welche in derselben Beziehung den *procurator in rem suam* geradezu *dominus* nennen²⁷⁾, oder von ihm schreiben: *repetit ut dominus*²⁸⁾;

b. zwei Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, von denen das erste dem Käufer einer Pfandforderung die Pfandklage als *utilis exemplo creditoris persecutio* zuspricht²⁹⁾, und das zweite dieselbe Klage, welche dem Käufer einer verpfändeten und vom Pfandgläubiger *jure creditoris* verkauften Forderung gebührt, als eine *utilis emtori velut ipsi creditori danda actio* bezeichnet³⁰⁾. Oder sollte wohl die dem Käufer nach Art des Gläubigers (*exemplo creditoris*) oder gleichsam als ob er selbst Gläubiger wäre (*velut ipsi creditori*) gegebene Klage eine andere sein, als die vom Cessionar *loco domini*, oder vermöge der Fiction: *si dominus actionis esset*, *utiliter suo nomine* geltend zu machende?

c. die Basiliken, indem sie in den Worten³¹⁾:

δύναται δὲ τὰς ἀγωγὰς τὰς διδομένας ἰδίῳ ὀνόματι ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι προκουράτωρ κινεῖν. αἱ γὰρ διατάξεις τῷ ὡς³²⁾ ἐν ἰδίῳ πράγματι προκουράτωρι παρέχουσιν οὐ τιλλίαν ἀγωγὴν, ὥσανεὶ αὐτὸς συνήλλαξε ν.

dem *procurator in rem suam* als solchem aus einem Contracte eine *utilis actio suo nomine* gewähren, als ob er selbst den Contract abgeschlossen hätte, womit Ulpian, ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian und Tryphonin übereinstim-

²⁵⁾ Basil. XI, 1, c. 13 §. 1 (Heimb. I, p. 583). — — ²⁶⁾ l. 4. §. 3 D. de alien. jud. mut. (4. 7) in Verbindung mit Basil. X, 37, c. 4 §. 3 (Heimb. I, p. 551). — — ²⁷⁾ Interpr. Visig. ad Paul. sent. rec. I, 2, §. 2. 3. ad l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12). — Eine Schenkungsurkunde vom J. 553 (cf. §. 5 not. 32) bei Marini nr. 86. — Spangenberg tab. nr. 31. — Urkundenbeweis I, S. 253. — Schol. des Anonym. (*ἀλλότρια πράγματα*) zu Basil. VIII, 2, c. 1 (Heimb. I, p. 360). — — ²⁸⁾ Interpr. Visig. ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12). — — ²⁹⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). S. §. 24. — — ³⁰⁾ l. 7 C. de her. vel act. (4. 39). S. §. 24. — — ³¹⁾ Basil. XXIV, 3, c. 5 fin. (Heimb. III, p. 20 sq.). Potest autem actiones datas suo nomine quasi in rem procurator movere. Constitutiones enim tanquam in rem suam procuratori utilem actionem dant, quasi ipse contraxisset. S. §. 4 not. 17. — — ³²⁾ ὡς bedeutet im Gegensatze des späteren ὥσανεὶ nicht eine Fiction, sondern: daß dem procurator in rem suam als solchem utiles actiones suo nomine zukommen. — cf. Schol. 2 zu Basil. LX, 12, c. 14 pr. (Heimb. V, p. 2) ὁ δὲ πράτης ἐστὶ δεσπότης καὶ ὡς δεσπότης χρεώσται παραφυλακὴν ἐπὶ τῷ πράγματι. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3, c. 6 (Heimb. III, p. 22) ὡς ἐκ προσώπου τῆς γυναικός. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3, c. 10 (Heimb. III, p. 23) ὡς ἐκ προσώπου αὐτοῦ.

men, sofern Tryphonin das Rechtsverhältniß des zur utilis hypothecaria actio berechtigten Quasiceffionars als quasi obligatio³³⁾ und das Rescript dasselbe in der Aneide an den Quasiceffionar als pignoris vinculum tuum³⁴⁾ bezeichnet, Ulpian aber mir als einem Verpächter aus dem Pfandvertrage, den mein Procurator mit meinem Pächter verabredet hat, auf Grund einer fingirten Cession eine utilis hypothecaria actio: quasi inter me et colonum meum convenisse videatur³⁵⁾, und demjenigen, welcher in die privilegierte Forderung eines Anderen aus einem Schiffsdarlehn als Quasiceffionar eingetreten ist, eine utilis condictio „quasi (ipse) in navem crediderit“³⁶⁾ geben zu dürfen glaubt.

Die Anordnung eines Extraordinarverfahrens konnte sowohl in Folge einer wirklichen, als in Folge einer fingirten Cession geschehen; denn einmal wieset ein Rescript des Kaisers Gordian den Provinzialvorsteher an, einem Bürgen, welchem der Gläubiger gegen Zahlung seine Schuld- und Pfandklage wider den Hauptschuldner wirklich abgetreten hat, gegen den Pfandbesitzer auch extraordinariam jurisdictionem zu gewähren³⁷⁾; sodann fügt Ulpian der vorgängigen Bemerkung, daß der exercitor aus den Verträgen des magister regelmäßig erst in Folge wirklicher Cession Klagrechte erhalte, mit Beziehung auf eine fingirte Cession hinzu³⁸⁾:

Solent plane Praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis Praesides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.

Endlich erwähnt auch Papinian, daß der mit der reivindicatio in Anspruch Genommene, welcher wegen culpose verlorenen Besitzes zur litis aestimatio verurtheilt worden ist, Cession verlangen könne, daß ihm aber auch ohne wirkliche Cession, als ob cedirt wäre, der Prätor Hülfe gewähren werde (praetor auxilium quandoque laturus sit)³⁹⁾. Sollte man Anstand nehmen, die Hülfe des Prätors auf die Ertheilung der utilis actio eigenthümlichen formula fictitia zu beziehen⁴⁰⁾, so würde auch hier nichts anderes übrig bleiben, als den Ausdruck von einer extraordinaria cognitio zu verstehen.

³³⁾ l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). C. §. 35. — — ³⁴⁾ l. 9 C. de remiss. (8. 26). C. §. 23. — — ³⁵⁾ l. 21 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). C. §. 43. — Dieselbe Fiction findet sich im deutschen Recht. C. Plätner im Arch. f. civ. Pr. Bd. 42 C. 126. — — ³⁶⁾ l. 1 §. 11 D. de exercit. act. (14. 1). C. §. 25. — — ³⁷⁾ l. 14 C. de fidejuss. (8. 41). C. §. 4. — — ³⁸⁾ l. 1 §. 18 D. de exercit. act. (14. 1). C. §. 41. — Derselbe Grund einer extraordinaria cognitio findet sich in l. 8 D. quod cum eo, qui (14. 5). — — ³⁹⁾ l. 63 D. de reiv. (6. 1). C. §. 25. — — ⁴⁰⁾ cf. l. 43 D. de reiv. (6. 1) . . in factum actione petitori extra ordinem subvenitur.

Das innere Wesen der im eigenen Namen anzustellenden *utilis actio* blieb begreiflich dasselbe, mochte das ordentliche Proceßverfahren (*ordo judiciorum*) oder — weil der Prätor aus besonderen Gründen das Urtheil über die Erheblichkeit und Richtigkeit der einschlagenden Thatfachen sich selbst vorbehalten zu müssen glaubte — das außerordentliche Proceßverfahren (*extraordinaria cognitio*) verfügt werden⁴¹⁾. Deshalb dauerte der Unterschied zwischen der *utilis actio suo nomine* und der *directa actio alieno nomine* auch fort, nachdem das ordentliche Proceßverfahren allgemein dem außerordentlichen Platz gemacht hatte⁴²⁾. Denn wenngleich es Paulus für eine überflüssige Spitzfindigkeit erklärt, im formelfreien Proceßgange die gleichwirkenden *directae* und *utiles actiones* zu sondern⁴³⁾, so ist doch mit nichts der Gegensatz des *suo nomine* und des *alieno nomine persequi* aufgehoben und daher nichts weniger zu folgern, als daß die *utilis actio suo nomine* und die *directa actio alieno nomine* im Extraordinarverfahren sei verschmolzen worden.

Ueberdies würde es irrig sein, selbst dem Justinianischen Rechte alle Ueberbleibsel des früheren Formelwesens abzusprechen.

Nach der Aufhebung des *ordo judiciorum* war sofort zwar der *judex* und die Instruction desselben durch die Formel verschwunden, der Formelsatz selbst aber behuf Feststellung der Streitfrage beibehalten und — wie es scheint — sogar durch gewisse Schemata für die alten *extraordinariae cognitiones* bereichert worden⁴⁴⁾. Diese Schemata wurden auf Antrag des Klägers vom Magistrat für den einzelnen Fall gewährt und durch Ausfüllung mit dem concreten Inhalte, welchen der betreffende Fall darbot, eingerichtet und geordnet⁴⁵⁾, um dem folgenden Proceßgange zur Grundlage zu dienen. Erst im Jahre 342 erließ Constantin die Nothwendigkeit der hergebrachten Formeln oder Klagausdrücke⁴⁶⁾, und erst im Jahre 428 schafften die Kaiser Theodosius und Valentinianus die Formulirung des *judicium* durch den Magistrat ab⁴⁷⁾. Auch damit hörte jedoch der Gebrauch der alten Formeln

⁴¹⁾ arg. l. 18 §. 1 D. de judic. (5. 1) *utilis actio* mit der Fictio: *quasi filius paterfamilias esset* (l. 17 §. 22 D. de injur. 47. 10). — l. 17 D. de reb. cred. (12. 1) *extraordinaria cognitio*. — — ⁴²⁾ §. 8 J. de interd. (4. 15), pr. J. de success. subl. (3. 13). — Theophil. III, 12 pr. — Schol. 14 zu Basil. XVII, 2, c. 3 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. pag. 156). — — ⁴³⁾ l. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5). — — ⁴⁴⁾ Cod. Hermog. V, 2. — Consult. Vet. Jcti. c. 5. 6. — l. 6 C. Th. de denunt. vel edit. (2. 4), l. 4 C. Th. de advoc. fisci (10. 15). — — ⁴⁵⁾ l. 1, l. 2 C. de form. et impetr. (2. 58) cf. l. 1 C. Th. de omis. act. impetr. (2. 3) Gothofred ad h. l. — l. un C. Th. de dolo (2. 15). — Firmic. VI, 34. 39 — *lites ex denuntiatione decernebantur*. — — ⁴⁶⁾ l. 1 C. de formul. (2. 58). — — ⁴⁷⁾ l. 2 C. cod. — cf. l. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5).

nicht völlig auf. Sie waren ein zu bequemes Mittel, die Klagen sachgemäß einzurichten, und finden sich daher noch bei Theophilus, nur daß sie der Verordnung von Theodosius und Valentinianus gemäß nicht mehr vom Richter concipirt erscheinen, sondern dem Kläger in den Mund gelegt werden⁴⁸⁾. Theophilus berichtet namentlich, daß und wie seiner Zeit noch das *directe* und das *utiliter agere* im Klagvertrage unterschieden worden sei⁴⁹⁾, und bestätigt, was für uns wichtiger ist, die unveränderte Fortdauer des alten Gegensatzes zwischen dem *suo nomine* und dem *procuratorio* oder *alieno nomine agere*. Wer *suo nomine* klagt, stellt fortwährend den Klaggrund (*intentio*) und die Klagbitte (*condemnatio*) auf seine Person, hingegen wer *procuratorio nomine* klagt, bedient sich nach wie vor einer Formel, worin der Anspruch aus der Person des Principals begründet und der Ausgang des Processus auf die Person des Procurators gezogen ist. Die Worte lauten nach Theophilus⁵⁰⁾:

Si paret, adversarium Titio, cujus procurator sum, dare oportere, condemna eum mihi, iudex.

Hinsichtlich der Cession darf es daher nicht befremden, daß Justinian nicht bloß ältere Stellen, welche den Gegensatz zwischen dem *directe agere alieno nomine* und dem *utiliter agere suo nomine* hervorheben, in seine Rechtsammlung aufgenommen, sondern selbst Constitutionen, welche des Unterschiedes als fortbestehend gedenken, neu erlassen hat⁵¹⁾. Der Unterschied ist eben noch im Justinianei'schen Rechte durchaus praktisch und deshalb auch von uns mit möglichster Schärfe darzulegen und anschaulich zu machen. Wir erreichen diesen Zweck vorläufig am besten, wenn wir die alten Formeln der *directa actio alieno nomine* und der *fictitia* oder *utilis actio suo nomine* neben einander stellen.

Gesetzt, daß der Cedent Aulus Agerius, der Cessionar Publius Maevius und der Cessus Numerius Negidius heißt, so lautete etwa:

1. die Formel der *directa actio alieno nomine*

a. bei einer *actio in personam*:

I. E. Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio X millia dare oportere, iudex Numerium Negidium Publio Maevio X millia condemnato, s. n. p. a.

⁴⁸⁾ Theophil. IV, 6, §. 1—6, 13—15. cf. §. 15 J. de act. (4. 6). — cf. Schöl. 3, Abf. 1 zu Basil. XII, 2, c. 7 §. 2 (Heimb. I, p. 799). — — ⁴⁹⁾ Theophil. IV, 15 §. 8. cf. l. 3 C. de interd. (8. 1) l. 2, l. 4 C. underi (8. 4), l. 17 C. de act. E. (4. 49). — Theophil. IV, 6, §. 3. cf. II, 23, §. 4. cf. Schöl. 3, Abf. 1 zu Basil. XII, 2, c. 7 §. 2 (Heimb. I, p. 799). — — ⁵⁰⁾ Theophil. IV, 10 pr. §. 2. — — ⁵¹⁾ l. 33 C. de donat. (8. 54). C. §§. 4 u. 22. — l. 9 C. de her. vel act. (4. 39). C. §. 21.

oder

I. E. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit, q. d. r. a., quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere ex bona fide ejus, id iudex Numerium Negidium Publio Maevio condemnato, s. n. p. a.;

b. bei einer actio in rem:

I. E. Si paret, hominem Stichum, quo de agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, nisi eum hominem Numerius Negidius Aulo Agerio arbitrato judicis restituet⁵²⁾, quanti ea res erit, iudex Numerium Negidium Publio Maevio condemnato, s. n. p. a.;

c. bei der hypothecaria actio:

I. E. Si paret, inter Aulum Agerium et Numerium Negidium convenisse, ut homo Stichus pro X ex mutuo pignori sit obligatus, et hominem obligatum eo tempore, quo convenit, in bonis Numerii Negidii fuisse neque debitum solutum eoove nomine satisfactum esse aut per Aulum Ager-

⁵²⁾ Die neueren Juristen, z. B. Buchta (Instit. II, §. 126 not. 5) und Keller (Proc. §. 52. §. 214 not. 611) pflegen zwar anzunehmen, daß statt des Principals Aulus Agerius der Procurator Publius Maevius als derjenige genannt worden sei, dem restituirt werden müsse; allein dem widerspricht außer anderen später zu erörternden Gründen: 1. Die Wahrnehmung, daß auch die Pflicht zu restituiren nicht dem Procurator des Beklagten, sondern dem Beklagten selbst obliegt; 2. die lex Rubria, nach welcher die der pronuntiatio und dem arbitratus judicis analoge^{a)} in jure confessio des Beklagten dahin ging, daß er demjenigen, in dessen Namen gegen ihn geklagt werde, zu restituiren habe^{b)}; 3. Cicero, welcher die von unseren Gegnern vertheidigte Fassung dem Verres als eine unerhörte Verfälschung der Formel zum Vorwurfe macht^{c)}; 4. Gajus, der sowohl bei der in personam actio, als auch bei der in rem actio nur die condemnatio auf den Namen des Procurators gestellt sehen will^{d)}; 5. der Umstand, daß bei ungehorsam oder arglistig unterlassener Restitution das Interesse des dominus, nicht das Interesse des Vertreters geschädigt und — so weit thunlich — durch das jusjurandum in litem beschworen wird^{e)}; 6. endlich der fernere Umstand, daß der procurator in rem alienam nicht einmal im Stande ist, das Restituirte mit liberatorischer Wirkung für den dominus in Empfang zu nehmen^{f)}, und der procurator in rem suam die liberatorische Wirkung nur durch die im Namen des dominus geschehene Empfangnahme herbeizuführen vermag.

a) l. 6 §. 2 D. de confess. (42. 2), Gaj. IV, 163. — b) lex Rubr. cap. 22. — si is eam rem, quae ita ab eo petetur — ei, cujus nomine ab eo petetur — in jure — restituere oportere — ejusve eam rem esse — confessus erit dixeritve. — c) Cic. in Verr. II, 12. — cf. Becker proc. Consumt. §. 150. — d) Gaj. IV, 86. — e) l. 4 pr. D. de in lit. jur. (12. 3), wo es von dem für den Pflegsing in litem schwörenden Pfleger heißt: non ad suam utilitatem jurisjurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cujus nomine tutelae ratio postuletur. — cf. l. 7 D. eod. — f) l. 86 D. de solut. (46. 3), l. 13 pr. D. de pact. (2. 14), l. 73 D. de procur. (3. 3).

rium stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi homo obligatus Aulo Agerio arbitrato iudicis restituatur, quanti ea res erit, iudex Numerium Negidium Publio Maevio condemnato, s. n. p. a.

2. Die Formel der fictitia oder utilis actio suo nomine dagegen

a. bei einer actio in personam:

I. E. Si Publius Maevius dominus actionis esset, tum si pareret, Numerium Negidium Publio Maevio X millia dare oportere, iudex Numerium Negidium Publio Maevio X millia condemnato, s. n. p. a.

oder

I. E. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit, q. d. r. a., si Publius Maevius dominus actionis esset, tum quidquid pareret, ob eam rem Numerium Negidium Publio Maevio dare facere oportere ex bona fide ejus, id iudex Numerium Negidium Publio Maevio condemnato, s. n. p. a.;

b. bei einer actio in rem:

I. E. Si Publius Maevius dominus actionis esset, tum si pareret, hominem Stichum, quo de agitur, ex jure Quiritium Publii Maevii esse, nisi eum hominem Numerius Negidius Publio Maevio arbitrato iudicis restituet, quanti ea res erit, iudex Numerium Negidium Publio Maevio condemnato, s. n. p. a.;

c. bei der hypothecaria actio:

I. E. Si Publius Maevius dominus actionis esset, tum si pareret, inter Publium Maevium et Numerium Negidium convenisse, ut homo Stichus pro X ex mutuo pignori sit obligatus, et hominem obligatum eo tempore, quo convenit, in bonis Numerii Negidii fuisse neque debitum solutum eove nomine satisfactum esse aut per Publium Maevium stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi homo obligatus Publio Maevio arbitrato iudicis restituatur, quanti ea res erit, iudex Numerium Negidium Publio Maevio condemnato, s. n. p. a.

Nach dieser Fassung ist die Ähnlichkeit der utilis actio suo nomine des Cessionars und der utilis actio suo nomine des Unterversälscheicommissars unverkennbar. Bei beiden Klagen ist die intentio durch eine Fictio auf den Namen des Nachfolgers gezogen, bei beiden daher die Formel nicht direct mit: Si paret cett., sondern

πλαγιαστῶς — oblique — mit: Si pareret cett.⁵³⁾ eingerichtet. Die einzige Abweichung, daß der Universalfideicommissar loco heredis oder ficto se herede, der Cessionar aber loco domini oder ficto se domino actionis klagt, ist im Ganzen zu unwesentlich, um nicht dessenungeachtet die namentlich von Papinian beliebte Zusammenstellung beider begreiflich zu finden⁵⁴⁾. Eben diese Zusammenstellung ist aber auch eine neue Gewähr, daß die fictitia formula der utilis actio suo nomine des Cessionars in der Hauptsache richtig restituirt worden ist.

Wirkung des *mandatum agendi in rem suam*.

(Fortsetzung.)

Nachdem vorläufig die Unterschiede zwischen dem directe agere §. 4. alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine angedeutet worden sind, können wir fortfahren mit dem Beweise, daß der durch wirkliches *mandatum agendi* bestellte *procurator in rem suam* zu beiden Klagformen berechtigt ist.

Gewöhnlich gesteht man dem *procurator in rem suam* nur das Recht zur ersten Klagform zu, und verneint das Recht zur zweiten Klagform, indem man sich auf folgende Worte von Gajus beruft¹⁾:
Sine — novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi²⁾ cognitor aut *procurator meus* agere.

Allein diese zur Vermeidung von Mißverständniß in Justinian's Institutionen weggelassenen³⁾ Worte bezwecken nur, den Gegensatz zwischen directen und abgeleiteten Klagen hervorzuheben. Gajus will sagen: Ohne Novation kann geradezu aus der Person des

⁵³⁾ Theophil. II, 23 §. 4. 9. 6. III, 9 pr. IV, 12 pr. — Gaj. IV, 36. 37. — lex Rubr. c. 20. — Auch bei Gaj. IV, 34 ist oporteret und pareret zu lesen. — cf. Huschke Stud. S. 309 ff. — Mühlenbr. Cess. §. 15 S. 163 f. — v. Scheuerl Beiträge. Heft I, S. 133. — — ⁵⁴⁾ l. 17 D. de transact. (2. 15). — Mühlenbr. Cess. §. 37 S. 405 ff. not. 357 scheint diesen Unterschied zu verkennen.

¹⁾ Gaj. II, 39. — cf. l. 25 §. 2 D. de usufr. (7. 1). — — ²⁾ Quasi hat nicht immer die Bedeutung des Uneigentlichen. cf. l. 6 pr. D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 15 D. de probat. (22. 3). Gaj. III, 196. — l. 2 §. 1 C. de praescr. 40 ann. (7. 37), l. 63 §. 5 D. pro soc. (17. 2), l. 31 D. de const. pec. (13. 5), l. 17 D. de doli exc. (44. 4), l. 24 pr. D. de O. et A. (44. 7), l. 1 §. 13 D. quando appell. (49. 4). — Gneist form. Vertr. S. 297 not. 2. — Ersehen condict. c. d. c. n. s. S. 93 not. 32. — — ³⁾ cf. §. 6 J. de usu et habit. (2. 5).

Nachfolgers kein Klagrecht begründet werden, sondern der Nachfolger ist genöthigt, als cognitor oder procurator des Vorgängers den Ursprung des Klagrechts — sei es *direct alieno nomine*, sei es *utiliter suo nomine* — aus der Person des Vorgängers herzuleiten⁴⁾.

Denselben Sinn verbinden Julian und Papinian mit einer ähnlichen Ausdrucksweise. Julian untersucht, welches Rechtsverhältniß entsteht, wenn der Mann Schenkungs halber seiner Ehefrau erlaubt, von seinem Schuldner sich die Schuld zu stipuliren und der Schuldner darauf der Ehefrau Zahlung leistet. Stipulation⁵⁾ und Zahlung sind nichtig, auch ist so wenig das Eigenthum der gezahlten Geldstücke vom Schuldner auf die Frau übergegangen, als der Schuldner von der Schuld an den Ehemann *ipso jure* frei geworden. Nur eine Einrede soll der Schuldner der Klage des Ehemanns entgegensetzen dürfen, wenn er bereit ist, seine *reivindicatio* des der Ehefrau gegebenen Geldes dem Ehemanne abzutreten; eine Abtretung, deren Wirkung dahin angegeben wird⁶⁾:

maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur.

Auch hier kommt es Julian darauf an, die abweichende Entscheidung des Falles anzudeuten, wenn der Schuldner auf Geheiß des eine Schenkung beabsichtigenden Mannes der Frau desselben ohne vorgängige *Expromission* Zahlung geleistet hat. In diesem Falle soll nämlich die Zahlung nach Julian⁷⁾, Celsus und Ulpian⁸⁾ — wenn auch im Widerspruch mit Afrkanus⁹⁾ — das Eigenthum des Geldes durch *costitutum possessorium* direct vom Schuldner auf den Mann übertragen, so daß der Schuldner *ipso jure* von der Schuld an den Mann befreit wird, und der Mann eine direct aus eigener Person zu begründende *reivindicatio* des Geldes erhält. Der Gegensatz zu dieser directen *reivindicatio* ist es nun, den obige Worte Julians hervorzuheben bezwecken. Bloß zu diesem Ende wird die unter jener Voraussetzung vom Manne anzustellende *reivindicatio* als ein auf Grund der Cession aus der Person des Schuldners — sei es *direct alieno nomine*, sei es *utiliter suo nomine* — abgeleitete Klage bezeichnet¹⁰⁾.

⁴⁾ cf. dieselbe Ausdrucksweise bei Paulus l. 3 f. D. quae res pign. (20. 3). C. §. 35. — — ⁵⁾ l. 5 §. 3 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 52 §. 1 D. eod. — — ⁶⁾ l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1). — v. Savigny Syst. Bd. 4 §. 589 f. — — ⁷⁾ l. 3 §. 13 D. de don. V. et U. (24. 1). — — ⁸⁾ l. 3 §. 12 D. eod. — — ⁹⁾ l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3). — v. Savigny Syst. Bd. 4 §. 592 ff. — — ¹⁰⁾ Dieselbe Ausdrucksweise findet sich in l. 6 §. 2 l. 14 D. de his, qui not. infam. (3. 2).

Papinian sagt im Gegensatz der *reivindicatio*, *actio publiciana* und *actio de fundo vectigali*, welche dem Käufer eines Grundstücks als Nachfolger des Verkäufers direct aus eigenem Rechte oder direct in eigenem Namen zustehen, von der Pfandsklage (*Serviana actio*), daß sie zwar eine in rem *actio* sei, jedoch bloßen Besitz abfordere (*nudam possessionem avocat*¹¹⁾ und durch Schuldbzahlung aufgehoben werde¹²⁾:

unde fit, ut emtori suo nomine non competat¹³⁾, d. h. woher es kommt, daß sie dem Käufer direct aus eigenem Rechte oder direct in eigenem Namen nicht zusteht, sondern nur als eine aus dem Rechte des Verkäufers abgeleitete Klage auf Grund wirklicher oder fingirter Cession, sei es direct im fremden Namen, sei es utiliter im eignen Namen, gegeben wird¹⁴⁾.

Daß die Worte: *suo nomine non competere* und *debitoris nomine vindicare* bei Julian und Papinian, wie die Worte: *quasi procurator ex persona mea agere* bei Gajus nichts anderes bedeuten und namentlich nicht die Möglichkeit des Cessionars, utiliter im eignen Namen zu klagen, ausschließen, geht aus folgenden Stellen hervor, welche dem Cessionar neben der *directa actio alieno nomine* auf das Bestimmteste auch die *utilis actio suo nomine* einräumen:

1. Ulpianus lib. 65 ad Edictum¹⁵⁾.

Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam: Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Der Procurator in rem suam soll nach Ulpian's unzweideutigem Ausspruche auch im eignen Namen eine *utilis actio* haben, und zwar entschieden genug haben, um sie des Widerspruchs des Gebenten ungeachtet rite anzustellen.

Bähr¹⁶⁾ hält diesen Ausspruch für unecht, um seine — meines Erachtens — unrichtige Ansicht über das zeitliche Verhältniß der *directa actio alieno nomine* und der *utilis actio suo nomine* nicht widerlegt zu sehen. Allein abgesehen von der unbeantwortet gelassenen Frage, wie die Stelle nach Justinianischem Rechte auszulegen sein würde, muß jede Vermuthung einer Tribonianischen Interpolation scheitern.

¹¹⁾ C. §. 13 not. 65. — — ¹²⁾ C. §. 13. — — ¹³⁾ l. 66 pr. D. de evict. (21. 2). — — ¹⁴⁾ l. 11, l. 14, l. 21 C. de fidej. (8. 41), l. 73 pr. D. ad Sc. Treb. (36. 1). — — ¹⁵⁾ l. 55 D. de procur. (3. 3). — — ¹⁶⁾ Jahrb. für dogmat. Recht I, S. 388.

2. an einem später genauer zu erläuternden Rescripte Gordians vom Jahre 243, welches den durch wirkliches *mandatum agendi* bestellten, aber durch den vorzeitigen Tod des *mandator* der Fähigkeit *direct alieno nomine* zu klagen beraubten *procurator in rem suam* auf die ihm verbliebene *utilis actio* verweist¹⁷⁾ und in der Basilikenübersetzung mit der schon oben abgedruckten Bemerkung versehen ist, daß kaiserliche Constitutionen jedem *procurator in rem suam* als solchem *utiles actiones* suo nomine gegeben hätten¹⁸⁾; eine Bemerkung, deren Wahrheit die Scholien bestätigen, indem sie verschiedene Folgen daran knüpfen, je nachdem der *procurator in rem suam* *procuratorio nomine* oder *suo nomine* klagt, und ausdrücklich hinzufügen, man lerne aus l. 19 (soll heißen l. 16) D. de pact. (2. 14) und l. 55 D. de procur. (3. 3):

*ὅτι ἐπὶ τὸν ἐν ᾧ σουαμ προκουράτωρα μεταφέρονται οὐτιλίως αἱ ἀγωγαί*¹⁹⁾.

3. Derselbe Kaiser Gordian rescribirt dem Salvius²⁰⁾:

Mandati actio personalis est, quae si nomine fidejussoris vel adversus debitorem seu heredes ejus competit: Praeses provinciae, quae deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus adversus (pignorum) possessores extraordinariam jurisdictionem idem vir Clarissimus impertietur. — p. p. 3 Non. Julii. — Gordiano Aug. et Aviola Coss. — 240.

Der Bürge, welcher an sich bloß die persönliche *mandati actio* gegen den Hauptschuldner hat, soll deshalb die vom Letzteren dem Gläubiger (*reus stipulandi*) bestellten Pfänder nur dann ver-

¹⁷⁾ l. 1 C. de O. et A. (4. 10) cf. Donelli comm. XV, 44 §. 17 (ed. Bucher IX, p. 464), der indeß in manchen Punkten zu berichtigen ist. —

¹⁸⁾ Basil. XXIV, 1 c. 5 (Heimb. III, p. 21). C. §. 3 bei not. 31. —

¹⁹⁾ Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 13 (Heimb. I, p. 584 pr.) — in *procuratorem in rem suam* utiliter *actiones* transferri. — cf. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.), *ἐὰν ἐκχώρησις ἐγένετο, δύναται καὶ ὡς ἐκ προσώπου τῆς γυναικὸς προκουράτωρος ὀνόματι κινεῖν ὁ ἀνὴρ.* — Si *cessio* facta est, potest etiam velut ex persona mulieris *procuratorio nomine* maritus agere. — Auch Schol. 7 zu Basil. XXIX, 5 c. 40 (Heimb. III, p. 484) in Verbindung mit den Worten der l. 11 C. de pact. conv. (5. 14) — *utrumne habeat aliquas actiones maritus, sive directas, sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant.* — ²⁰⁾ l. 14 C. de fidejuss. (8. 41). — Cujac. ad h. l. in comm. ad Cod. (opp. IX, p. 1277 sqq.).

folgen können, wenn er das *nomen* des Schuldners einlöst²¹⁾ und die Klagen, d. h. die persönliche Hauptklage und die dingliche Pfandklage des Gläubigers sich mandiren läßt²²⁾. Ist dieses geschehen, so wird ihm auch der Pfänder wegen die *extraordinaria jurisdictio* der Obrigkeit zugesichert, d. h. die *utilis actio suo nomine*, welche im vorliegenden Falle aus besonderen Gründen, vielleicht weil sie eine freiere Beurtheilung erfordert, als Gordian dem *iudex* überlassen zu dürfen glaubt, nicht im *ordo judiciorum*, sondern *extra ordinem* zu verfolgen ist²³⁾. Das *mandatum agendi* soll also nicht bloß die Hauptforderung, sondern auch die accessoriische Pfandklage als *utilis actio* dem Cessionar zu Gebote stellen.

Diesen einfachen Inhalt des Rescripts mißversteht Mühlenbruch²⁴⁾, indem nach seiner Meinung die Cession auf die Hauptforderung beschränkt gewesen und die *hypothecaria actio* aus diesem Grunde *utiliter* gegeben sein soll. Allein, daß neben der Hauptforderung auch die Pfandklage cedirt worden, geht aus dem Pluralis: *mandatae sunt actiones* entschieden hervor, zumal der mögliche Einwand, es sei trotz des in der Ueberschrift allein genannten *Salvius* von mehreren Cessionaren (*ad vos transeunt — vobisque mandatae sunt — vobis persequentibus*) und wegen der Erben selbst von mehreren Schuldnern die Rede, so daß die Hauptforderung allein als eine Mehrheit cedirter Klagen gedacht sein könne, durch die Basiliken widerlegt wird, welche durchweg nur Cines Cessionars und Cines Schuldners gedenken und doch die Cession einer Mehrheit von Klagen als den Grund angeben, warum auch (*καὶ*) die *hypothecaria actio* außerordentlicher Weise angestellt werden dürfe²⁵⁾.

Nach Gordian's Darstellung ist also das *mandatum agendi* die gemeinsame Quelle sowohl der sich von selbst verstehenden *directa actio alieno nomine* als der namentlich hervorgehobenen *utilis actio suo nomine*.

4. Justinian versteht durch eine Constitution des Jahres 528

²¹⁾ — *facta nominis redemptione*. — C. §. 9. — — ²²⁾ l. 2, l. 11, l. 21 C. de fidej. (8. 41). — — ²³⁾ C. §. 3. — cf. Paul. sent. rec. IV, 1 §. 4* — *fideicommissum — utilibus actionibus postulat*. — — ²⁴⁾ Cession §. 44 Not. 552 C. 477 f. — — ²⁵⁾ Basil. XXVI, 2 c. 83 (Heimb. III, p. 104). *Ἡ ἐπὶ τῷ μανδάτῳ ἀγωγὴ προσωπικὴ ἐστὶ καὶ διὰ τοῦτο, εἰ τι καταβάλλῃ χρέους ἔνεκεν, ἀπαιτεῖ τὸν χρεώστην ἢ τὸν κληρονόμον αὐτοῦ, οὐ μὴν κατὰ τὸν ἐνεχόντων κινεῖν δύναται εἰ μὴ καταβάλλων τὸ χρέος ἠγόρασεν ἀντὶ ἐκχωρηθεῖς τὰς ἀγωγάς· λοιπὸν γὰρ ἐξτραορδιναρῶς βοηθεῖται καὶ περὶ αὐτῶν.* — *Mandati actio personalis est; ideoque si quid debiti gratia solverit, id a debitore vel herede ejus petit, nec vero pignora persequi potest: nisi debitum solvens ea emerit actionibus censis: quo facto extra ordinem eorum quoque nomine ei succurritur.*

diejenigen, welche *donationis titulo cessiones actionum* empfangen, mit einer *utilis actio suo nomine* gleich denjenigen, welche *venditionis titulo cessas actiones* haben²⁶⁾. *Cessas actiones* hat nur derjenige, welcher durch ein *mandatum agendi* wirklich zum *procurator in rem suam* bestellt worden und demgemäß *procuratorio nomine* zu klagen befugt ist. Soll nun derselbe auch *utiles actiones suo nomine* haben, so muß das *mandatum agendi* zu beidem ermächtigen, sowohl zum *directe agere alieno nomine*, als zum *utiliter agere suo nomine*.

Wirkung des *mandatum agendi in rem suam*.

(Fortsetzung.)

§. 5. Aus der letztgedachten Constitution Justinian's ergibt sich, daß bis dahin der *donationis causa* bestellte *procurator in rem suam* der *utilis actio suo nomine* entbehrt hatte, und auf die *directa actio alieno nomine* beschränkt worden war. Der Grund dieser Ausnahme lag in der *lex Cincia*.

Die *lex Cincia* verbot bekanntlich große Schenkungen und erschwerte außerdem alle Schenkungen, große und kleine¹⁾, dadurch, daß sie dieselben nicht eher rechtsbeständig werden ließ, bis durch wirkliche Vollziehung oder Erfüllung jedes rechtliche Band des Schenkers zum verschenkten Gegenstande abgeschnitten war. Nur gewisse nahe verbundene Personen waren von beiden Bestimmungen ausgenommen und konnten sowohl in *infinitum* einander schenken²⁾, als der Schenkung durch die regelmäßigen und gewöhnlichen Geschäftsformen Gültigkeit verschaffen³⁾. Die Anwendung dieser Grundsätze auf *nomina* führte dahin, daß der Schenker, welcher seinen Schuldner dem Schenknehmer delegirte, mochte die *delegatio* durch *stipulatio* oder durch *litis contestatio* geschehen⁴⁾, und mochte im letzten Falle die *litis contestatio ipso jure* oder *ope exceptionis rei in iudicium deductae* bezüglich *rei judicatae* das Klagrecht des Schenkers ausschließen, sowohl bei *personis exceptis*, wie — wenigstens nach der allgemein gewordenen Ansicht der Sabinianer⁵⁾ — bei

²⁶⁾ l. 33 C. de donat. (8. 54). C. §. 22.

¹⁾ cf. Schilling Instit. Th. 3 C. 356 not. aa. — — ²⁾ fr. Vat. §. 304. — — ³⁾ fr. Vat. §. 265. 293. 310. 311. 313. — cf. l. 4 C. Th. de donat. (8. 12), Paul. sent. rec. V, 11 § 1. — Schilling Instit. Th. 3 C. 356 not. r. ff. — §. 357 not. x. y. — — ⁴⁾ l. 11 §. 1 D. de nov. et deleg. (46. 2). — cf. Schilling a. a. D. §. 356 not. oo. — — ⁵⁾ fr. Vat. §. 266.

personis non exceptis die Schenkung perfect machte⁶⁾; denn wenn auch der Schenker — was den letzten Punkt betrifft — bei Erhebung einer neuen Klage der *exceptio rei in iudicium deductae* oder *rei judicatae* die *replicatio legis Cinciae* zu opponiren versuchte, so mußte diese *replicatio* doch an der *duplicatio doli* scheitern, weil der delegirte Schuldner mit dem Willen des Schenkers anstatt desselben dem Beschenkten sich verpflichtet hatte und unmöglich dem Schenker aufs Neue verhaftet werden konnte⁷⁾, bevor er von den Ansprüchen des Beschenkten befreit war. Eine solche Befreiung war aber nur insofern möglich, als eine *persona non excepta* bei einer großen Schenkung das gesetzliche Maß überschritten hatte; denn nur insofern konnte die Schenkung nach der vom delegirten Schuldner dem beschenkten Delegatar geleisteten Zahlung durch eine gegen den beschenkten Delegatar auf Rückgabe des Geldes angestellte *condictio sine causa*⁸⁾ oder *ex injusta causa* und vor solcher Zahlung im Fall der *stipulatio* durch eine gegen den delegirten Schuldner kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Restitution unter gleichmäßiger Befreiung desselben vom beschenkten Delegatar dem Schenker gegebene rescissorische Klage⁹⁾, im Fall der *litis contestatio* aber ohne Zweifel durch eine gegen den beschenkten Delegatar beim Prätor erwirkte *translatio iudicii*¹⁰⁾ vereitelt werden. Diese *translatio iudicii* machte dann den Schenker zum Theilnehmer der vom Beschenkten durch *litis contestatio* begründeten *obligatio condemnari oportere* und bildete eine Ausnahme von der sonst durchgreifenden Regel, wonach der durch *litis contestatio* Herr des Rechtsstreits gewordene *procurator in rem suam* der *propria lis* nicht entbehren soll.

Die *directa actio alieno nomine* durfte also der *donationis causa* bestellte *procurator in rem suam*, mochte er den *personis exceptis* oder den *personis non exceptis* angehören, im Ganzen mit demselben Erfolge geltend machen, wie jeder aus einer anderen *causa* mit einem *mandatum agendi* versehene Cessionar; unstatthaft erschien es indeß, den unter dieser Voraussetzung mit der *litis contestatio* zusammenfallenden Zeitpunkt der Perfection mit Hülfe der *utilis actio suo nomine* bis zum Zeitpunkte der Mandatsertheilung zu erfrühen. Die *lex Cincia*, welche die Schenkung bei *personis*

⁶⁾ Schol. 2 des Ricardus zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661.). — —
⁷⁾ l. 5 §. 2 D. de doli exc. (44. 4), fr. Vat. §. 259. — — ⁸⁾ l. 21 §. 1 D. de donat. (39. 5), cf. l. 6 D. de donat. int. V. et U. (24. 1), l. 5 §. 5 D. de exc. doli (44. 4). — Erleben *condict. indeb.* §. 178. — Schilling *Instit.* Th. 3 §. 357 not. oo. — Witte *Vereicherungsklagen* §. 44. 64. — —
⁹⁾ l. 21 §. 1 D. de donat. (39. 5), cf. l. 16 C. ad SCt. Vellej. (4. 29). — Schilling *Instit.* Th. 3 §. 357 not. qq. — — ¹⁰⁾ l. 25 D. de procur. (3. 3).

non exceptis thunlichst erschwert und bei personis exceptis wenigstens nicht begünstigt sehen wollte, sprach gegen solch eine Erleichterung der Schenkung zu bestimmt, als daß sie der Prätor nicht hätte vermeiden sollen¹¹⁾.

Wir finden daher, daß im vorjustinianischen Rechte die utilis actio suo nomine sowohl beschenkten personis non exceptis, als beschenkten personis exceptis verweigert worden ist.

Von der Schenkung des Patrons an seinen Freigelassenen, d. i. von der Schenkung einer persona non excepta¹²⁾ heißt es z. B. bei Paulus im 11. Buche seiner Quaestionen¹³⁾:

Si Sticho peculium, cum manumitteretur, ademtum non est, videtur concessum: debitores autem convenire nisi mandatis sibi actionibus non potest.

Diese Worte besagen nicht bloß, der Beschenkte vermöge nicht ohne vorgängiges mandatum agendi zu klagen, obgleich auch das vollkommen richtig und durch andere Stellen bestätigt ist¹⁴⁾; sie drücken für das vorjustinianische Recht überdies den Satz aus, daß der Beschenkte im Fall eines mandatum agendi nur durch mandatae actiones, d. h. durch direct alieno nomine, nicht durch utiliter suo nomine anzustellende Klagen die Schuldner belangen könne.

Von der Schenkung des Vaters und der Mutter an den emancipirten Sohn, d. i. von der Schenkung ausgenommener Personen¹⁵⁾, sagt ebenso Papinian erst¹⁶⁾:

Filius . . . debitores convenire non potest, neque lites pecuniae persequi, si non sit in rem suam cognitor datus, aut nominum delegationes intervenerunt;

darauf¹⁷⁾:

(matrem), si . . . nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

¹¹⁾ cf. l. 64 §. 9 D. sol. matr. (24. 3), l. 12 §. 4 D. de Publ. act. (6. 2), l. 12 §. 1 D. de bon. possess. (37. 1). — — ¹²⁾ fr. Vat. §. 309. — cf. Schilling Instit. Th. 3 §. 357 not. V. — — ¹³⁾ l. 53 D. de pecul. (15. 1), cf. l. 31 §. 2 D. de donat. (39. 5) = fr. Vat. §. 255. l. 17 C. de donat. (8. 54) fr. Vat. §. 263. §. 20 J. de legat. (2. 20). — — ¹⁴⁾ l. 35 pr. D. de donat. (39. 5) cf. Schöl. 3 zu Basil. XII, 2 c. 8 (Heimb. I, p. 804). Schöl. 3 zu Basil. XXIX, 1 c. 35 (Heimb. III, p. 374 sq.). Schöl. 228. 233 zu Basil. XVIII, 15 c. 53 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 234). — l. 3 C. de donat. (8. 54). Imp. Decius A. Marcellino. — Spem futurae actionis plena intercedente voluntate posse transferri, non immerito placuit. — P. P. Non. Mart. Decio 1 et Grato Coss. — 251. — — ¹⁵⁾ fr. Vat. §. 298. 299. — — ¹⁶⁾ fr. Vat. §. 260. — — ¹⁷⁾ fr. Vat. §. 263. — cf. not. 13.

Die Schenkung soll:

1. abgesehen von einer *delegatio* (durch *Stipulation*) nicht ohne vorgängiges *mandatum agendi* dem beschenkten Sohne Klagrechte gewähren, mag das Mandat nach Papinian's Voraussetzung feierlich, oder nach Gordian, welcher in einem gleichen Falle für genügend erklärt: *actiones eo nomine mandatas fuisse*¹⁸⁾, unfeierlich vollzogen, mit anderen Worten, mag ein *cognitor* oder ein *procurator* in *rem suam* bestellt worden sein.

Die Schenkung soll aber auch

2. nur durch *novatio*, nicht anders, perfect werden. Freilich soll die *novatio* sowohl durch *Stipulation* (*interpositis delegationibus*) als durch *Litiscontestatio* (*inchoatis litibus*) geschehen dürfen; allein die Uebertragung einer *utilis actio suo nomine*, als Gegensatz der *novatio*, ist darnach nur um so bestimmter ausgeschlossen¹⁹⁾, zumal Papinian hinsichtlich des emancipirten Sohns, dem der Vater durch Verlassung des Sonderguts geschenkt hat, hinzusetzt²⁰⁾:

Plane, quod ei solvitur patre non dissentiente, debitorem liberat; nec interest, an emancipatum ignoret, vel ei non esse peculium ademtum²¹⁾, cum rei substantia plus polleat existimatione falsa²²⁾.

Hätte nämlich der beschenkte Sohn *utiles actiones suo nomine* gehabt, so würde der Schuldner durch die ihm geleisteten Zahlungen auch patre dissentiente befreit worden sein, während ohne *utiles actiones* allerdings der väterliche Consens, oder — wie Papinian sich ausdrückt — der Mangel väterlichen Dissenses unerlässlich war, um den Zahlungen liberatorische Wirkung zu verschaffen; denn das Eigenthum des Geldes, welches der mit den stattgehabten Veränderungen unbekannte Schuldner durch die Zahlung an den Sohn auf den Vater übertragen wollte, mußte der Sohn zunächst für den Vater in Empfang nehmen und darauf erst vermöge der vom Vater besonders erhaltenen Ermächtigung durch *traditio br. manu* vom Vater auf seine eigne Person übergehen lassen.

Auch bei *personis exceptis* bleibt es mithin bei derjenigen Regel, welche die Kaiser Diocletian und Maximian bei Gelegenheit

¹⁸⁾ 1. 2 C. de donat. (8. 54). — — ¹⁹⁾ Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661). — — ²⁰⁾ fr. Vat. §. 260. — — ²¹⁾ 1. 31 §. 2 D. de donat. (39. 5), 1. 17 C. eod. (8. 54). — — ²²⁾ cf. 1. 9 §. 4 D. de jur. ignor. (22. 6), 1. 4 §. 1 D. de manum vind. (40. 2), 1. 2 §. 4. 15 D. pro emt. (41. 4), §. 11 J. de legat. (2. 20). — Anwendungen in 1. 31 §. 6, 1. 44 §. 4 D. de usuc. (41. 3), 1. 3 D. pro don. (41. 6), 1. 13 §. ult. D. commod. (13. 6), 1. 6 §. 5 1. 36 D. de neg. gest. (3. 5). — Jhering Jahrb. II, S. 157 f. — v. Savigny Syst. Bd. 3 S. 355 f.

einer Schenkung des Vaters an den Sohn in einem Rescripte dahin aussprechen²³⁾:

Delegationes nominum (sc. quae fiunt per stipulationem vel per litis contestationem²⁴⁾ in emancipatum collatae perfectam donationem faciunt.

Durch vorstehende Beschränkung wurde unter Anderem — wie sich später zeigen wird — sowohl bei personis exceptis, als bei personis non exceptis bewirkt, daß die Schenkung einer Forderung ungültig blieb, wenn vor der litis contestatio des Schenknehmers der Schenker oder der Schenknehmer starb, oder der Schenker das mandatum agendi ausdrücklich oder stillschweigend widerrief; daß vor der litis contestatio der Schenknehmer weder procuratores in rem alienam noch procuratores in rem suam zu bestellen vermochte; daß Ehrlose weder schenken, noch beschenkt werden, und Frauen, Soldaten, Unmündige allenfalls schenken, aber nicht beschenkt werden konnten; daß der Schenknehmer unbedingt verpflichtet war, den Schenker gegen Klagen des Cessus zu vertheidigen und vor der litis contestatio erwachsene Einreden aus der Person des Schenkers sich gefallen zu lassen u. s. w.; Folgen, die gewiß wichtig genug waren, um einerseits die frühere Zeit an die strenge Innehaltung des Cincischen Gesetzes zu mahnen, und andererseits die neuere Zeit bei dem allgemeinen Streben nach Schenkungserleichterungen zu veranlassen, das überhaupt außer Gebrauch gekommene Recht der lex Cincia²⁵⁾ auch in diesem Punkte zu ändern.

In der That hat Justinian durch die oberrwähnte Constitution vom Jahre 528 in Betreff der Schenkung eines nomen sowohl bei personis exceptis als bei personis non exceptis fortan jedem donationis causa bestellten procurator in rem suam ohne Unterschied außer der directa actio alieno nomine auch die utilis actio suo nomine gestattet. Freilich ist in der Constitution der utilis actio suo nomine nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen, allein dessenungeachtet anerkanntermaßen²⁶⁾ jedes andere Verständniß ausgeschlossen. Ueberdies hat Tribonian die Gefahr eines Mißverständnisses durch folgende in die Pandecten aufgenommene Stelle vollends unmöglich gemacht:

²³⁾ l. 11 fin. C. de donat. (8. 54). — — ²⁴⁾ l. 11 §. 1 D. de novat. (46. 2), cf. Basil. XLVII, 1 c. 44 fin. u. Schöl. (Heimb. IV, p. 582). — —

²⁵⁾ Nov. 162 c. 1 pr. fin. woselbst zu lesen: τοῦ Κιντίου νόμου — cf. Schilling Instit. Th. 3 §. 356 not. t. §. 358 not. ee. — Gothofred. ad C. Th. VIII, 12 c. 9. — Wächter im Arch. f. civ. Pr. Bd. 16 S. 121 not. 19. — —

²⁶⁾ Mühlenbr. Cess. §. 8 S. 84 f. — §. 15 S. 198 not. 371.

Ulpianus lib. 5 *Opinionum*²⁷⁾.

Cum miles postulabat, suo nomine litigare de possessionibus, quas sibi donatas esse dicebat, responsum est: si iudicii mutandi causa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri oportere: ut rem magis, quam litem in militem transtulisse credatur.

Diese Worte sind zwar ursprünglich von einer durch *mancipatio*²⁸⁾ *possessionum* d. i. *praediorum*²⁹⁾ vollzogenen Schenkung unter ausgenommenen Personen³⁰⁾ gebraucht worden; allein nach dem Wegfall der *mancipatio* im Justinianischen Rechte unmöglich auf etwas anderes, als auf eine Schenkung der *reivindicatio* zu beziehen, wie denn auch die Basiliken den Inhalt der Stelle dahin wiedergeben³¹⁾:

Οὔτε στρατιώτῃ καλῶς δωρεῖται τις ἀργαῖς διὰ τὸ μεταδεῖναι τὴν δικήν. ἀλλ' αὐτὸς κινεῖτω, καὶ πρᾶγμα δωρεῖσθω τῷ στρατιώτῃ.

Unter dieser Voraussetzung liefert die Stelle vermöge der *duplex interpretatio* den unwiderleglichen Beweis, daß Justinian dem zum Zweck der Forderungsschenkungen erteilten *mandatum agendi* die Wirkung beigelegt habe, den *procurator in rem suam* nicht bloß zur Anstellung der *directa actio alieno nomine*, sondern auch zur Anstellung der *utilis actio suo nomine* zu ermächtigen; eine Wirkung, auf welche auch eine Schenkungsurkunde aus dem Jahre 553 n. Chr. anspielt, indem der Schenker die Beschenkten, um entlaufene Sklaven zu vindiciren, zu *dominos et procuratores in re sua* einsetzt³²⁾.

Erwägt man endlich, daß das römische Recht sogar die ausnahmsweise ohne Mandat von einer Person auf eine andere als *utiles actiones suo nomine* übertragenen Klagen durch die Rechtsdichtung frägt: der Nachfolger sei vom Vorgänger zum *procurator in rem suam* bestellt worden³³⁾, so wird kein Zweifel mehr obwalten, daß das

²⁷⁾ l. 11 D. de alien. jud. mut. c. (4. 7). C. §. 22. — — ²⁸⁾ Ulp. fr. XIX, 6 fin. — Gaj. I, 121 fin. — fr. Vat. §. 313. — — ²⁹⁾ l. 78 D. de V. S. (50. 16), l. 7 D. de incend. (47. 9), l. 9 C. de pign. (5. 14), l. 13 C. quod cum eo (4. 26), Symmach. ep. II, 57. — l. 1 C. Gregor. si sub alter. nom. (3. 4), l. 2 C. Th. de bon. matern. (5. 18). — — ³⁰⁾ fr. Vat. §. 310. 311. 313. — — ³¹⁾ Basil. X, 37 c. 11 (Heimb. I, p. 552): Neque militi recte quis actiones donat litis transferendae causa, sed ipse experiatur et militi rem donet. — — ³²⁾ C. §. 3 not. 27. — cum mancipiis, quae in designatis massis esse noscuntur et quae a tempore barbarici ex iisdem lapsa repperi potuerint, tenendi per hujus meae paginam largitatis dominos et procuratores in re vestra instituens et revocandi domus licentiam. — — ³³⁾ C. §. 18.

wirkliche *mandatum agendi* den *procurator* in *rem suam* in den Stand setzt, nach freier Wahl entweder direct im Namen des Gebenden oder *utiliter* im eignen Namen zu klagen.

Drittes Kapitel.

Auslegung des *mandatum agendi* in *rem suam*.

- §. 6. Gleich jedem *Mandate*¹⁾ ist das *mandatum agendi* streng auszulegen, mag es in *rem alienam* oder in *rem suam* ertheilt worden sein²⁾. In der Regel sind also im *mandatum agendi* außer dem ausdrücklich erwähnten Zwecke der betreffenden Rechtsverfolgung stillschweigend nur diejenigen Befugnisse enthalten, ohne welche der genannte Endzweck unerreichbar bleiben würde, z. B. was gelegentlich eines *mandatum* in *rem alienam* erwähnt wird — in dem ausdrücklichen *Mandate*, ein mit einem fremden Wagen verbundenes Rad zu vindictiren oder ein Legat einzuklagen, die Befugniß zur vorgängigen Aufstellung der *actio ad exhibendum* auf Trennung des Rades³⁾ oder des *interdictum de tabulis exhibendis* auf Vorlegung des Testaments⁴⁾; ferner — was gelegentlich eines *Mandats* in *rem suam* hervorgehoben ist — in dem ausdrücklichen *Mandate*, ein erst durch *Restitution* zu erlangendes *judicium rescissorium* zu verfolgen, die Befugniß zur Betreibung des etwa vorher erforderlichen *judicium rescindens*⁵⁾, einer *cognitio extraordinaria*, welche dann, je nachdem der *procurator* in *rem suam* direct im fremden oder *utiliter* im eignen Namen aufgetreten war, durch ein auf den Namen des Vertretenen⁶⁾ oder durch ein auf den eignen Namen des pro-

¹⁾ l. 5 pr. l. 46 D. mand. (17. 1) §. 8 J. de mand. (3. 27), l. 12 C. eod. (4. 35) Basil. XIV, 1 c. 74 (Heimb. II, p. 147). — ²⁾ Consult. Vet. JCti c. 8. — l. 4 C. Th. de cognit. (2. 12), l. 21 f. C. J. de procur. (2. 13). — ³⁾ l. 56 D. de procur. (3. 3). — ⁴⁾ l. 62 D. de procur. (3. 3). — ⁵⁾ l. 25 D. de adm. tut. (26. 7), l. 20 §. 1 D. tut. et rat. (27. 3). — cf. Basil. XXVIII, 3 c. 20 mit Schöl. (Heimb. III, p. 721). — Ferner: l. 39 §. 15 D. de adm. tut. (26. 7), l. 23 D. tut. et rat. (27. 3). — Mühlenbr. Geff. §. 39 S. 449. — ⁶⁾ l. 13 pr. D. de op. nov. nunc. (39. 1) et remissio in domini personam confertur. cf. l. 5 §. 18 D. eod. und Ruderff in Jahrb. des gem. deutsch. Rechts Bd. 4 S. 139, 141. — fr. Vat. §. 340. — l. 6 D. ubi pup. (27. 2), cf. l. 5 §. 1 D. quib. ex caus. (42. 4) l. 39 §. 7 D. de proc. (3. 3), l. 1 §. 14 D. de appell. (49. 4). — Schöl. τὸν ἀπὸντα zu Basil. VIII, 2 c. 91 (Heimb. I, p. 411 sq.). — Ferner: l. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5), l. 1 D. an per alium causa (49. 9) ... nihil prohibet, nomine ejus respondere. Ruderff Recht der Verm. III, S. 187 f.

curator in rem suam lautendes Decret beendet wurde, und den procurator in rem suam im ersten Falle in den Stand setzte, das *judicium rescissorium* beliebig direct im Namen des Vertretenen oder utiliter im eignen Namen anzustellen, im letzten Falle dagegen nöthigte, auch das *judicium rescissorium utiliter* im eignen Namen durchzuführen.

Aus dieser Regel folgt, daß der procurator in rem suam, dem eine Hauptforderung cedirt worden, hinsichtlich der Nebenforderung eines besonderen Klagauftrages bedarf, obgleich — so oft nicht das Gegentheil ausgemacht worden ist — die Verpflichtung zur Cession der Hauptforderung die Verbindlichkeit zur Abtretung der Nebenforderungen stillschweigend in sich begreift⁷⁾. In der That findet sich auch diese Folgerung im Rechte der Pandecten und im älteren Rechte des Codex bestätigt. Scaevola, Paulus, Hermogenian und der Kaiser Gordian bezeugen die Nothwendigkeit eines besonderen Mandats für Nebenforderungen aus Zinsversprechen⁸⁾, Bürgschaften⁹⁾ und Pfandrechten¹⁰⁾, sowie bei der Cession einer Hauptforderung gegen den Haussohn für die damit accessorisch verbundenen *actiones adjectitiae qualitatis* gegen den Vater¹¹⁾. Das spätere Recht des Codex scheint aber von dieser Strenge abgewichen zu sein. Wenigstens hinsichtlich der Pfandklage findet sich ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian aus dem Jahre 293, welches das für die Hauptklage ertheilte *mandatum agendi* so auszulegen befiehlt, als ob das *mandatum agendi* für die accessorische Klage stillschweigend darin enthalten sei. Die betreffenden Worte lauten¹²⁾:

⁷⁾ l. 34 pr. D. de legat. III (32), l. 6, l. 14 pr. l. 23 pr. D. de act. emt. vend. (18. 4). cf. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.). — — ⁸⁾ l. 34 pr. D. de legat. III (32), Scaevola bejahet die Frage: an in omne debitum hoc est, in usuras debeant mandare? — — ⁹⁾ l. 23 pr. D. de her. vel act. (18. 4) Hermogen. — Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores hujus debiti cedere debet, nisi aliud actum est. — — ¹⁰⁾ l. 6 D. de her. vel act. (18. 4) Paul. — Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet. — l. 14 C. de fidejuss. (8. 41) Gordian. — Pignora — ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata sit, vobisque mandatae sunt actiones. — E. §. 4. — — ¹¹⁾ l. 14 pr. D. de her. vel act. (18. 4). — Paul. — Qui filii familias nomina vendidit, actiones quoque, quas cum patre habet, praestare debet. — — ¹²⁾ l. 6 C. de O. et A. (4. 10). — Ueber den sonstigen Inhalt des Rescripts s. §. 23 not. 77. — Die Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 giebt den Inhalt dieser Stelle so an: *ὅτι ἐκχωρηθεὶς γραμματίων οὐ μόνον τὴν προσωριὰν κινεῖ, ἀλλὰ καὶ τὴν ὑποθηκαίαν γυμνάζει* — eum, cui nomen debitoris cessum est, non solum personalem actionem intendere, sed etiam hypothecariam exercere. — (cf. Heimb. III, p. 23 not. u.)

Impp. Diocletian et Maxim. A. A. et C. C. Mauricio.

Si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit: pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere etc. — Dat. 9 Cal. Jul. Sirmii A. A. Coss. — 293.

Es erhellt, daß der in Betreff der Hauptforderung bestellte procurator in rem suam auch die accessorischen Pfandrechte ohne darauf gerichtetes mandatum agendi geltend zu machen im Stande ist. Zweifel könnten nur darüber obwalten, ob der procurator in rem suam utiliter suo nomine oder direct alieno nomine klagen müsse, oder zwischen beiden Klageformen die Wahl habe. Allein die Basiliken setzen auch dieser Ungewißheit ein Ziel. Der in einer Scholie aufbewahrte Auszug aus des Theodorus Werke: τὸ κατὰ ποδᾶς giebt den ursprünglichen Text unseres Rescripts in nachstehender Uebersetzung¹³⁾:

Ἐάν τις καταβολὴν γραμματεῖον ἰδίου χρεώστου σοι δέδωκεν ὁ χρεώστης σου, καὶ ἐποίησεν ἐν ᾧ σου ἀμ. προκουράτωρα, καὶ περὶ ἐστὶ, δύνασθαι ὡς ἐκ προσώπου αὐτοῦ τὰ ἐνέχυρα, ἀπερὶ ἰδικῶς ἢ γενικῶς ἔχεις ὑποκείμενα ἀπατεῖν.

Aus dieser Uebersetzung ergibt sich, daß Tribonian bei der Aufnahme des Rescripts in den Codex sich Interpolationen erlaubt hat. Wir vermissen im lateinischen Texte die Ausdrücke, welche den griechischen Worten: καὶ περὶ ἐστὶ und ὡς ἐκ προσώπου αὐτοῦ entsprechen. Gerade diese Worte tragen aber zum richtigen Verständniß des ursprünglichen Sinns wesentlich bei. Der letzte Zusatz beweist, daß der in Betreff der Hauptforderung ernannte procurator in rem suam die accessorische Pfandklage ohne besonderes mandatum agendi aus der Person des Cedenten anstellen darf, wenngleich nicht geradezu, sondern weil zu dem Ende das ertheilte Mandat im Widerspruch mit dem Gebote strenger Auslegung über seine eigentlichen Grenzen erweitert werden muß, nur gleichsam (ὡς). Der erste Zusatz: καὶ περὶ ἐστὶ dagegen läßt ersehen, daß die eben angegebene Wirkung der Mandatserweiterung nicht bloß von der Entstehung, sondern auch von der Fortdauer des die Hauptforderung betreffenden mandatum agendi abhängt. Denn der Tod des Cedenten, welcher dieses Mandat aufhebt¹⁴⁾, soll auch das daraus für die Nebenforderung

¹³⁾ Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 10 (Heimb. III, p. 23): Si in solutum nomen sui debitoris debitor tibi dedit tuus, ac te in rem suam procuratorem fecit, et superstes est, potes quasi ex ejus persona, pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequi. — cf. Heimb. III, p. 23 not. x. ¹⁴⁾ l. 1 C. de obl. et act. (4. 39).

abgeleitete Mandat beseitigen, und hier wie dort das *alieno nomine agere* unstatthaft machen.

Von der *utilis actio suo nomine* ist im Rescript keine Rede. Dessenungeachtet würde es ein Irrthum sein, diese Klagform dem Cessionar aus dem erweiterten Mandate zu versagen. Schon der Scholiast Patricius beantwortet die aufgeworfene Frage: Warum in unserem Rescripte die Lebensfortdauer des Cedenten vorausgesetzt, in der l. 1 C. de obl. et act. (4. 39) aber auch nach dessen Tode eine *utilis actio suo nomine* gewährt worden sei, folgendermaßen¹⁵⁾:

ὅτι ἡ διάταξις αὐτῇ οὐδαμοῦ τὴν οὐτιλίαν ἀνεῖλεν τελευτήσαντος αὐτοῦ, ἀλλὰ ζῶντος αὐτοῦ μέμνηται ὡς μέλλουσα ἀντισάγειν τὸ ex ejus persona. εἰ δὲ ἐτελεύτησεν, οὐκ ἔτι ἐδύνατο ἐκ προσώπου αὐτοῦ κινῆσαι, ἀλλὰ λοιπὸν ἀνάγκην εἶχεν χρήσασθαι οὐτιλίᾳ ἐκ προσώπου ἰδίου.

Das Rescript soll keineswegs die *utilis actio* versagt, sondern der Lebensfortdauer des Cedenten nur in Rücksicht der aus dessen Person anzustellenden Klage erwähnt haben, weil der Cessionar über den Tod des Cedenten hinaus nicht *alieno nomine* streiten darf, sondern der *utilis actio* aus eigener Person sich zu bedienen genöthigt ist. Die Kraft der Mandatserweiterung, außer der *alieno nomine* concipirten directen Klage auch die *utilis actio suo nomine* hervorzubringen, ist damit außer Zweifel gesetzt¹⁶⁾.

Zum Schluß bleiben nur noch die Fragen zu beantworten, warum Tribonian die oberwähnten Interpolationen unternommen habe, und ob die Entscheidung des Rescripts als die Anwendung einer für alle Nebenklagen gültigen Regel oder als eine besondere Ausnahme für die Pfandklage anzusehen sei?

Gewiß ist, daß Tribonian durch die Interpolationen den Inhalt des Rescripts verallgemeinern und zunächst dem Irrthume, das Rescript bloß auf die im fremden direct, nicht auch auf die im eignen Namen utiliter anzustellende Klage zu beziehen, vorbeugen wollte.

Ebenso gewiß scheint aber auch die Absicht zu sein, eine nicht bloß für Pfandrechte, sondern auch für andere Nebenforderungen anwendbare Auslegungsregel aufzustellen, da sich kein Grund denken

¹⁵⁾ Schol. 1 zu Bas. XXIV, 3 c. 10 (Heimb. III, p. 23) — hac constitutione non tolli utilem actionem eo mortuo, sed meminisse ejus superstitis, quod deberet hoc subicere: ex ejus persona. Si vero decessisset, non poterat ex ejus persona agere, sed necesse habebat, utili uti ex persona propria. — ¹⁶⁾ Ueber die irrthümlichen Folgerungen, welche ein ungenannter Scholiast aus des Patricius Erklärung zieht (Schol. 1 fin. zu Basil. XXIV, 3 c. 10. Heimb. III, p. 23), später.

läßt, warum die ausdehnende Erklärung auf Pfandrechte beschränkt sein sollte. Ich trage daher kein Bedenken, durch dieses Rescript das in den Pandecten und in Gordian's Rescripte bezeugte Erforderniß eines besonderen Klagauftrags für accessorische Klagen allgemein als aufgehoben zu betrachten.

Viertes Kapitel.

Causa des mandatum agendi in rem suam.

- §. 7. Das mandatum agendi in rem suam ist mittelbarer Erwerbsgrund des *judicium*, welches auf den alieno nomine direct klagenden Cessionar durch die *litis contestatio* übergeht¹⁾, und unmittelbarer Erwerbsgrund der *utilis actio*, welche dem suo nomine klageberechtigten Cessionar sofort zu Theil wird. In beider Hinsicht kann dasselbe entweder Selbstzweck — Schenkung — oder Zweck eines ferner liegenden juristischen Grundes sein — Nichtschenkung —²⁾. Im ersten Falle ist die bewußte Verneinung jedes ferner liegenden juristischen Grundes, im zweiten Falle dieser ferner liegende juristische Grund selbst die *causa*³⁾ oder der *titulus*⁴⁾ des *mandatum agendi*⁵⁾.

¹⁾ In derselben Weise ist das vom delegirenden Gläubiger dem Delegatar ertheilte Mandat zur novirenden Stipulation mit dem delegirten Schuldner mittelbarer Erwerbsgrund der auf den Delegatar durch die novirende Stipulation übergehenden Forderung. — — ²⁾ Auch dem Mandate des delegirenden Gläubigers an den Delegatar zur novirenden Stipulation mit dem delegirten Schuldner muß jederzeit ein rechtlicher Anlaß (*justa causa*) zum Grunde liegen. cf. l. 8 §. 3 D. ad Jct. Vellej. (16. 1) — *solvit enim et qui reum delegat.* — l. 11 fr. C. de donat. (8. 54) Schenkung. — — ³⁾ l. 9 C. de procur. (2. 13) — *honestas et verecunda praecedente causa mandatas sibi actiones.* — Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 405) — *ἐγὼ μὲν λόγον χάριν δύο ἐπεθέμην ἀτίας, ἣ ὅτε ἐδωρήθησαν αἱ ἀγωγαὶ τῷ στρατιώτῃ, ἣ ὅτε εἰς προίκα αὐτὰς ἐπέδξατο* — *equidem exempli gratia duas causas proposui, vel quod actiones militi donatae sunt, vel quod eas in dotem acceperit.* — l. 4 §. 3 D. de aliena jud. mut. c. (4. 7) — *dominio (sc. actionis) in eos plerumque ex justa causa translato.* — §. 3 not. 26. — l. 3 C. de nov. (3. 42) *si solutionis causa mandaveris actiones.* — — ⁴⁾ l. 2 C. de donat. (8. 54) — *titulo donationis transtulit* — l. 33 C. eod. — *donationis titulo* — *venditionis titulo cessas actiones.* — l. 23 pr. C. mand. (4. 35) — *partem debiti venditionis titulo transferre*, l. 11 C. de donat. (8. 54) — *donationis titulo* — *delegationes nominum in emancipatum collatae perfectam donationem actionum efficiunt.* — — ⁵⁾ (Sensen bei dem *mandatum agendi*, welches an die Stelle des Beklagten einen procurator in rem suam setzt. — l. 42 §. 2 D. de procur. (3. 3).

Besteht diese *causa* oder dieser *titulus*, welcher so mannigfaltig sein kann, als überhaupt die rechtlichen Anlässe zu Uebertragungen zu sein pflegen, in einem klagbaren Rechtsgeschäfte, z. B. in einem Kaufe, Legate u., so kann zwar durch die Klage aus demselben die Ertheilung des *mandatum agendi*, wie jede andere obligatorische Handlung⁶⁾, erzwungen werden⁷⁾; erst der Empfang des *mandatum agendi* gewährt aber das Recht, die abgetretenen Klagen gegen den Cessionar anzustellen.

Die Meinung, das klagbare Rechtsgeschäft an sich schon ersetze das *mandatum agendi*, ist durchaus irrig, was das *directe agere alieno nomine* betrifft⁸⁾, und nur ausnahmsweise richtig, was das *utiliter agere suo nomine* anbelangt⁹⁾. Daß Erben, welche erb-schaftliche Forderungen unter sich vertheilt und dem Vertrage durch Stipulation Klagbarkeit verschafft haben¹⁰⁾, deßungeachtet die Klagen mandiren und einander zu *procuratores in rem suam* bestellen müssen, um den Vertrag zu erfüllen¹¹⁾, und daß allgemeine Gesellschafter, deren sonstiges Vermögen durch das mit dem Gesellschaftsvertrage verbundene *constitutum possessorium* gemeinsam wird, bei Forderungen diesen Zweck nicht anders erreichen, als wenn sie die *actiones* sich prästiren¹²⁾, sind einfache Anwendungen dieser Regel¹³⁾.

Freilich kann das *mandatum agendi* auch stillschweigend ertheilt werden; allein dazu gehören schlüssige Handlungen der Parteien, die dem Rechtsgeschäfte, welches die *causa* der Cession abgiebt, außer-dem noch hinzutreten müssen. Die Meinung, das Mandat liege schon in dem Rechtsgeschäfte, sofern die Absicht auf eine sofortige Ausfüh-

⁶⁾ l. 14 C. de sent. et interloc. (7. 45) — aliquid eum daturum vel facturum pronunciare. — — ⁷⁾ l. 24 pr. D. de min. (4. 4), l. 60 §. 2 D. locat. (19. 2), l. 52 §. 2 D. de act. E. V. (19. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 43, l. 45 pr. §. 5, l. 59 pr. D. eod. — l. 21 §. 3 D. de neg. gest. (3. 5), l. 49 §. 1 D. de poss. (41. 2), l. 13 D. de peric. et com. (18. 6), l. 108 D. de legat. I (30), l. 51 fin. D. de pecul. (15. 1), l. 4 C. de her. vel. act. vend. (4. 39), l. 9 D. praescr. verb. (19. 5), l. 1 §. 11, l. 16 D. depos. (16. 3), l. 3 §. 1 D. de tribut. act. (14. 4), l. 43 D. sol. matr. (24. 3), l. 18 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 14 D. quae in fraud. ored. (42. 8). — — ⁸⁾ l. 5 §. 4 D. praescr. verb. (19. 5) — sine mandatu exigi pecunia alieno nomine non potest. cf. l. 5 pr. D. si usufr. pet. (7. 6). — — ⁹⁾ Ausnahmen bilden die Fälle fingirter Cession. C. §. 18. — — ¹⁰⁾ l. 45 D. de pact. (2. 14). — — ¹¹⁾ l. 2 §. 5 D. fam. herc. (10. 2), l. 22 C. mand. (4. 35) — exceptis cessionibus quos inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit. — — ¹²⁾ l. 3 D. pro soc. (14. 2) — Schol. 1 zu Basil. XII, 1 c. 3 (Heimb. I, p. 729). — — ¹³⁾ N. N. sind Mühlenbr. Cess. §. 42 C. 154 ff. — Währ a. a. O. C. 377.

zung seines Zwecks gerichtet sei¹⁴⁾, ist mindestens ungenau¹⁵⁾; weil durch ein Rechtsgeschäft, welches nur einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung des Rechts, nicht das Recht selbst gewähren soll, an und für sich der Wille gleichzeitiger Rechtsübertragung niemals ausgedrückt sein kann, sondern diese weiter reichende Folge stets auf besondere über das Rechtsgeschäft selbst noch hinausliegende Thatfachen zurückzuführen ist, dann aber überall nichts Auffallendes enthält. Daß übrigens die Römer sehr vorsichtig waren, ein stillschweigend ertheiltes *mandatum agendi* anzunehmen, beweist unter Anderem der Umstand, daß nicht einmal der Sklav, dem bei der Freilassung das Sondergut geschenkt ist, die darin enthaltenen Klagen ohne ausdrücklich hinzugefügtes *mandatum agendi* erheben kann¹⁶⁾.

Das *mandatum agendi* hat hiernach einige Aehnlichkeit mit der Tradition, namentlich auch darin, daß es fähig ist, verschiedene Bestimmungen zu erfüllen, und daß erst die *causa* verräth, welche Bestimmung im einzelnen Falle beabsichtigt worden sei¹⁷⁾. Ob nämlich durch das *mandatum agendi* ein *procurator in rem suam* oder ein *procurator in rem alienam* habe bestellt werden sollen, ist ohne Erwägung des durch das Mandat zu erreichenden Zwecks oder — was dasselbe ist — ohne Erwägung des dem Mandat unterstellten Grundes ebensowenig zu entscheiden¹⁸⁾, als die Frage, ob durch die *traditio* juristischer Besitz und Eigenthum oder bloße Detention habe übertragen werden sollen. Daher hat gleich demjenigen, welcher aus einer *traditio* die Rechte des Eigenthümers ableitet, auch derjenige, welcher auf ein *mandatum agendi* die Rechte des *procurator in rem suam* stützt, die betreffende *causa* anzuführen und nachzuweisen¹⁹⁾; denn nach einem Rescripte des Kaisers Alexander soll nur von demjenigen,

¹⁴⁾ Buchta in Weiske's Rechtslexic. II, §. 640. — Muther a. a. O. §. 134 ff. — Unterholzner Schuldverh. I, §. 279 not. d. — ¹⁵⁾ In l. 76 D. de solut. (46. 3) wird z. B. unterschieden die *conventio ut mandarentur actiones* und das *mandatum*, welches später ertheilt worden ist. — §. 9. —

¹⁶⁾ l. 53 D. de pecul. (15. 1). — §. 5 not. 13. — fr. Vat. §. 260. —

¹⁷⁾ l. 31 D. de acquir. rer. dom. (41. 1) — *nuda traditio*, d. h. *traditio* ohne *causa*. l. 20 C. de pact. (2. 3) — *nudum pactum*, d. h. eine *causa* ohne *traditio*. — cf. Ulp. XIX, 7. — Gaj. II, 20. — v. Savigny Obligationenrecht II, §. 254 ff. — Bähr Anerkennung §. 14 f. — ¹⁸⁾ Ebenso verhielt es sich im deutschen Rechte mit dem f. g. Willbrieße, durch welchen der Inhaber einer Forderung einen Andern je nach Verschiedenheit der ebendaher anzugebenden *causa* sowohl zum *procurator in rem suam*, als zum *procurator in rem alienam* bestellen konnte. — Platner im Arch. f. civ. Pr. Bd. 42 §. 137 ff. not. 33. 34. — ¹⁹⁾ Uebereinstimmend Mühlenbr. Gef. §. 456 f. Unterholzner Schuldverh. I, §. 280 Nr. VIII. — Abweichend Bähr Anerkennung §. 28 f., jedoch nur in Betreff des heutigen Rechts. Bähr im Jahrb. für Dogmat. I, §. 396 f.

qui honesta et verecunda praecedente²⁰⁾ causa mandatas sibi actiones exercuerit,

gesagt werden können, daß er kein fremdes Geschäft verrichte²¹⁾. Aus demselben Grunde pflegte die causa der Cessionssurkunde einverleibt zu werden²²⁾, wie sie neben dem mandatum agendi²³⁾ auch in die Klagformel des procurator in rem suam aufgenommen sein wird, so daß z. B. im Fall eines Kaufs zur Legitimation des procurator in rem suam die Formel gleichmäßig, mochte direct alieno nomine oder utiliter suo nomine geklagt werden, vermuthlich in der condemnatio²⁴⁾ einen Zusatz erhielt etwa des Inhalts:

si Publius Maevidius ab Aulo Agerio actionem emit et de ea exercenda ab Aulo Agerio procurator factus est.

Diese Clausel macht es begreiflich, wie der Cessus und der iudex den alieno nomine klagenden procurator in rem suam vom klagenden procurator in rem alienam unterscheiden konnten, auch dem Cessus und dem Prätor möglich war, zu verhindern, daß der procurator in rem suam nach vorjustinianischem Rechte aus dem auf den Titel der Schenkung gestützten mandatum agendi eine utilis actio suo nomine ableitete, oder nach justinianischem beziehungsweise vorjustinianischem Rechte aus dem wegen eines Schenkungsverbots, z. B. der lex Cincia — unter Ehegatten²⁵⁾ — über 500 solidi ohne gerichtliche Insinuation²⁶⁾ — völlig nichtigen mandatum agendi überhaupt eine Klage, sei es direct alieno nomine, sei es utiliter suo nomine, anstellte. Denn das darf wohl nicht bezweifelt werden, daß die injusta causa ebenda, wo sie der traditio die beabsichtigte Wirkung der Eigenthumsübertragung benimmt, auch dem mandatum agendi die beabsichtigte Wirkung der Cession entzieht.

²⁰⁾ cf. l. 31 pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 49 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 5 C. de non num. pec. (4. 30), l. 3 pr. C. de servo reip. man. (7. 9), l. 6 i. f. l. 11 C. de ingen. man. (7. 14). — Die causa kann der Vermögenszuwendung auch nachfolgen. l. 9 §. 2 D. de Publ. act. (6. 2) — sed et si praecessit traditio emtionem. — Cujac. obs. X, 24. — ²¹⁾ l. 9 C. de procur. (2. 13). — Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 404 sq.). — ²²⁾ l. 22 C. mand. (4. 35) — licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit. — ²³⁾ Gaj. IV, 84 — quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur. — ²⁴⁾ cf. lex Rubria cap. 20. — ²⁵⁾ l. 3 §. 10, l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1). — ²⁶⁾ l. 25, l. 27, l. 34 C. de donat. (8. 54).

Causa des mandatum agendi in rem suam.

(Fortsetzung.)

Lex Anastasiana.

- §. 8. Die im vorigen Paragraphen erörterte Pflicht des *procurator* in rem suam, eine *justa causa* der Cession anzuführen und nachzuweisen, ist im späteren Rechte nicht etwa für entbehrlich erachtet und erlassen, vielmehr durch eine unendlich viel besprochene Constitution, welche der Kaiser Anastasius an den *Präfectus Prætorio Eustachius* gerichtet und der Kaiser Justinian später in einer zweiten Constitution bestätigt und ergänzt hat, neu eingeschränkt und sogar in erheblichem Grade erschwert worden. Die Constitution des Kaisers Anastasius lautet folgendermaßen:

Imp. Anastasius A. Eustachio P. P. ¹⁾).

Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus, quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare: hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere: cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem jubemus, in posterum hujusmodi conamen inhiberi: nec enim dubium est, redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutionum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur: licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit: et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas ²⁾ possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit: nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictæ sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemptor (sicut superius declaratum est) magis extitit, qui alienas pecuniis præstitis subiit actiones. Si

¹⁾ l. 22 C. mand. (4. 35). — — ²⁾ Die Lesart: alienas, widerspricht den Basiliken und dem ganzen Sinne der Sägung.

autem per donationem cessio facta est: sciant omnes hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda: ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt, vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant.

Ueber den Inhalt der Constitution ist zuvörderst gewiß:

1. Das von Anastasius ausgesprochene Verbot betrifft nur Fälle von Forderungskäufen; denn abgesehen davon, daß der Schlußsatz Forderungsschenkungen ausdrücklich als nicht gemeint hervorhebt, ist auch bestimmt angegeben als Voraussetzung des Verbots: si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, und als Wirkung des Verbots: usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem actiones exercere permittatur³⁾. Jede Anwendung des Gesetzes auf lucrative Rechtsgeschäfte fällt also ohne Weiteres hinweg, und jede analoge Ausdehnung des Gesetzes vom Kaufe auf andere onerose Rechtsgeschäfte, z. B. Tausch, Totalbestellung, verhindert der hinsichtlich solcher Geschäfte völlig singuläre Inhalt des Gesetzes⁴⁾. Dagegen sind unter Forderungskäufen nicht bloß die freiwillig, sondern auch die nothgebrungen gegen den Empfang von Geld erteilten Cessionen zu verstehen; denn gewiß fällt auch diese letztere Art von Cessionen, welche von den Römern selbst schon auf die causa des Verkaufs zurückgeführt wird⁵⁾, unter die Definition der von Anastasius verbotenen Geschäfte, da der Cessionar ebenfalls datis pecuniis hujusmodi subiit cessionem, folglich den Erfolg theilen muß, nicht mehr, als dem Cedenten gezahlt worden, vom Cessus einfordern zu dürfen.

2. Den Gegenstand der Cession muß eine Schuldforderung und noch dazu eine Geldschuldforderung bilden; denn theils schließt schon die Beschreibung, welche Justinian vom Anastasischen Verbote dahin giebt⁶⁾: ne quis alienum subeat debitum cessione in eum facta, die Cession aller dinglichen Klagen, selbst die trotz der Theilung des debitus ihre Untheilbarkeit behauptende⁷⁾ actio hypothecaria nicht ausgenommen, vom Bereiche des Verbots aus; theils und vorzüglich hätte Anastasius ohne jene Voraussetzung nicht bestimmen können, erst hinsichtlich gekaufter Forderungen: usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum

³⁾ cf. Basil. XIV, c. 86 pr. (Heimb. II, p. 150 sq.). — — ⁴⁾ Mühlbr. Cess. §. 539 ff. — Glück Com. Bd. 11 §. 463. — — ⁵⁾ §. 8 not. 44. — §. 9 not. 67. — — ⁶⁾ l. 23 pr. C. mand. (4. 35). — — ⁷⁾ l. 65 D. de evict. (21. 2).

quantitatem — actiones exercere permittatur⁸⁾, sodann zum Gegenfage gekaufte Forderungen hinsichtlich gescheufter Forderungen: *cessiones secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant.*

Ungewisser ist die Beantwortung der Fragen:

- A. Welchen Erfolg hat die Uebertretung des Verbots und zwar
 - a. die offene und
 - b. die versteckte Uebertretung.
- B. Wen trifft die Beweislast, und zwar
 - a. bei der offenen und
 - b. bei der versteckten Uebertretung.
- C. Welche Ausnahmen des Verbots sind gestattet?

Die Erörterung dieser Fragen geschieht aber am besten ohne Trennung derselben durch eine genaue Texterklärung der betreffenden Anastasischen und Justinianischen Constitution.

Anastasius giebt als Beweggrund zu seinem Gesetze an:

»Durch verschiedene an uns gelangte Anfragen haben wir erfahren, daß manche nach fremdem Gut und Vermögen lüsterne Menschen darauf ausgehen, Cessionen von Klagrechten, welche Anderen zustehen, auf sich ausstellen zu lassen, und daß sie auf diese Weise die Parteien (*personas litigatorum*) verschiedentlich beunruhigen, da es ausgemacht ist, daß aus unzweifelhaften Obligationen Jeder seine Klagrechte lieber selbst verfolgt, als daß er sie auf Andere überträgt.«

Die Erwägung, daß schon der Stadtpräfect Symmachus dem Kaiser Theodosius schreiben konnte⁹⁾:

Difficile est, ut bona causa sit, cujus actio in jus alterius desperatione transfertur,

läßt nicht zweifeln, daß das gewerbmäßige Aufkaufen schlechter Forderungen die Veranlassung zu des Anastasius Gesetze gewesen ist. Dieses Aufkaufen beunruhigte nach der Natur der Sache sowohl den ursprünglichen Gläubiger, wie den Schuldner; den ersteren, indem der Aufkäufer, um wohlfeil zu kaufen, die fremde Forderung natürlich so bedenklich als möglich darzustellen und dadurch die erforderliche desperatio des Cedenten herbeizuführen suchte; und den letzteren, indem der Aufkäufer, um thunlichst viel Gewinn zu haben, ohne Zweifel statt der vielleicht vom ursprünglichen Gläubiger geübten Nachsicht, mit schonungsloser Strenge oder gar mit unerlaubten Ränken und Bedrückungen die gekaufte Forderung einzutreiben bemüht war.

⁸⁾ cf. l. 23 pr. C. mand. (4. 35) — ne amplius a debitore consequatur his, quae praestitit cessionis auctori. — ⁹⁾ Symmach. epist. X, 52

Der Kaiser hält diese Art der Speculation mit Recht für gemeinschädlich; denn — heißt es bald darauf —:

»es leidet keinen Zweifel, daß diejenigen, welche dergleichen Gessionen auf sich gestellt zu sehen trachten, zu den Unternehmern fremder Forderungen (*redemptores litium alienarum*) gehören.«

Ein Unternehmer fremder Forderungen ist derjenige, welcher die Uebernahme der Gefahr fremder Forderungen als ein gewinnbringendes Geschäft betreibt¹⁰). Diese Unternehmung in der Form, daß Jemand als *procurator in rem alienam* gegen Empfang einer bestimmten Summe dem Principal den glücklichen Ausgang des Processus garantirte, war längst verboten¹¹); es lag daher nahe, die ähnliche Speculation, daß Jemand als *procurator in rem suam* gegen Zahlung einer bestimmten Summe den ungewissen Erfolg einer im Nennwerthe höheren Forderung auf sich nahm, unter denselben Gesichtspunkt zu ziehen¹²).

Der Kaiser befiehlt demgemäß durch dieses Gesetz, daß dergleichen Unternehmungen fortan gehindert werden,

»so zwar, daß demjenigen, welcher gegen eine Geldzahlung (*datis pecuniis*) eine derartige Gession empfängt, nur bis zum Betrage der gezahlten Gelder mit Zinsen die Klagrechte auszuüben gestattet ist, wenn auch in der Gessionsurkunde dem Geschäfte ausdrücklich der Name des Kaufs gegeben sein sollte.«

Hiernach soll der *procurator in rem suam*, so oft er seine Succession aus einem Kaufe ableitet, nicht bloß das *mandatum agendi* und den Kauf als dessen *causa* beweisen, sondern selbst wenn dieser Beweis durch die des Kaufs ausdrücklich erwähnende Gessionsurkunde geführt worden ist, als *redemptor litis* betrachtet und zurückgewiesen werden, sofern er nicht dem Cedenten wirklich Geld be-

¹⁰) *Ἐφολ. 3 zu Basil. XIV, 1 c. 84 (Heimb. II, p. 150). 'Εργολάβοι γὰρ εἰσιν οἱ εἰς ἑαυτοὺς ἀναδεχόμενοι τὴν ἀδελφὸν ἔκτασιν τῆς δίκης.* — Nam *redemptores* sunt, qui eventum litis incertum in se recipiunt. — ¹¹) l. 6 §. ult., l. 7 D. mand. (17. 1), l. 20 C. eod. (4. 35), l. 15 C. de procur. (2. 13) cf. Quintil. inst. orat. XII, 4 in f. — *Ἐφολ. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 82 (Heimb. II, p. 149).* — *Litem enim redimit, qui dicit: litem suscipio tot nummis acceptis, ut lis meo periculo decurrat et peragatur.* — Cujac. obs. VIII, 31 und die daselbst beigebrachten Belegstellen. — *Mühlenbr. Gess. §. 30 S. 366 ff.* — ¹²) *Interpretat. 2 ad Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 405).* . . . Qui tanquam redemptor alienam litem emerit, et alieno nomine expertus fuerit, licet ipse, quod petitur, lucraturus sit, vel sic repellatur. cf. l. 9 C. de proc. (2. 13) — licet contentio ex persona alterius bona fide sumatur in Verbindung mit l. 7 C. eod. — neque redimere negotia permittatur.

zahlt hat und seine Forderung gegen den Cessus nicht auf den Betrag des gezahlten Geldes und — falls eine verzinsliche Forderung den Kaufsgegenstand bildet — auf die dem gezahlten Capitalbetrage entsprechenden Zinsen beschränkt¹³⁾.

Die geschehene Zahlung soll — wie Justinian später bestätigt¹⁴⁾ — bewiesen werden, ohne daß jedoch gesagt ist, von wem, ob vom Cessionar oder vom Cessus. Es herrscht deshalb viel Streit über diesen Punkt, obgleich die gemeine Ansicht den Cessionar für beweispflichtig erklären dürfte¹⁵⁾. Ich halte diese Ansicht für richtig, da die Zahlung ausdrücklich als die Voraussetzung aufgestellt ist, unter welcher und bis zu welcher dem aus einem Kaufe seine Nachfolge ableitenden *procurator in rem suam* die fremden Klagrechte auszuüben überhaupt verstattet wird¹⁶⁾, und Anastasius gegen das Ende des Gesetzes wiederholt, daß — von gewissen Ausnahmefällen abgesehen — derjenige, welcher gegen Gelbzahlung fremde Klagrechte übernimmt, mehr als *redemptor* zu betrachten sei (*redemptor magis extitit*¹⁷⁾, folglich — darf hinzugebracht werden — nicht ohne den Beweis vollbezahlter *Valuta* von dem gegen ihn sprechenden Verdachte verbotener Speculation zu reinigen ist.

Wie aber, wenn der *procurator in rem suam* den Beweis vollbezahlter *Valuta* nicht zu führen vermag, sondern ganz oder theilweise mit der Klage gegen den Cessus abgewiesen wird? Folgerichtig muß dann der *procurator in rem suam* insoweit zur Klagerhebung gar nicht als beauftragt erachtet werden, sondern nur der durch Zahlung gedeckte Theil der Forderung als wirklich cedirt gelten, so daß der durch Zahlung nicht gedeckte Theil nach wie vor vom Cedenten gültig verfolgt werden kann; denn nicht bloß der Cessus, sondern auch der

¹³⁾ Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 86 (Heimb. II, p. 152 sq.). — —
¹⁴⁾ l. 23 §. 2 C. mand. (4. 35) . . et in hoc casu tantummodo exactionem sortiri ejus, quod datum esse comprobetur. — — ¹⁵⁾ Brunne-
mann ad l. 22 C. mand. — Glueck Bd. 16 S. 471. — Brackenhoeft im
Arch. f. civ. Pr. Bd. 23 S. 209 ff. — Liebe im jur. Magaz. N. F. Bd. 2
S. 321 ff. — Rühlensbr. Cess. S. 605 — etwas abweichend. — v. Vangerow
Leitsaden III, §. 576 Anm. 2. — Unterholzner Schuldbverh. I, §. 280 Nr. IX.
— Roffhirt Zeitschr. Bd. 2 S. 369. — Rechtsleric. Bd. 2 S. 651. Bd. 3
S. 707. — Dagegen: Weber über Verbindlichkeit zur Beweisführung VI,
§. 29. — Bethmann-Hollweg Versuche S. 357. — Burchardi im Arch. f. civ.
Pr. Bd. 18 S. 192 ff. — — ¹⁶⁾ cf. l. 23 §. 1 C. mand. (4. 35) — et neque
ei — qui eas suscipere curavit, contra debitorem esse — actionem. —
— ¹⁷⁾ Basil. XIV, 1 c. 83 (Heimb. II, p. 150) — μηδενὸς γὰρ τοιοῦτου
λογισμοῦ συμβαίνοντος ἐργολάβος — μόνον δειννύται, ὅστις — redemptor
tantum (nicht solus, wie Heimb. überseht) esse dignoscitur.

Cedent (*personae litigatorum*) soll ja gegen die Verationen des *Cessionars*, als eines *redemptor litis*, geschützt sein¹⁸⁾.

In der That ist dieses die Meinung des Anastasius, wie das später von Justinian an den *Präfectus Prætorio Johannes* erlassene Gesetz¹⁹⁾ unzweifelhaft bestätigt.

Die Veranlassung zu diesem späteren Gesetze hat der Schlußsatz der Anastasischen Constitution gegeben, wonach es sich, wenn die *Cession* schenkungsweise gemacht ist, von selbst verstehen soll, daß die Constitution nicht Platz greife, sondern das alte Recht zu beobachten sei, so daß die *Cessionen* stets im ganzen Umfange der cedirten Klagen ohne irgend eine Abminderung Geltung haben. Hiernach ist es natürlich auch erlaubt, Forderungen zum Theil durch Kauf, zum Theil durch Schenkung zu erwerben, sofern nur eine dem Nennwerthe des gekauften Theils der Forderung entsprechende Kaufsumme dem Cedenten wirklich gezahlt worden ist²⁰⁾. Diese Erlaubniß war es aber, welche man vorzugsweise zur Umgehung des Anastasischen Verbots mißbrauchte, indem man Forderungen, welche in Wahrheit ihrem ganzen Umfange nach unter dem Nennwerthe verkauft wurden, zum Scheine entweder ganz oder doch zu dem durch den Preis nicht gedeckten Theile verschenkte. Solchem Mißbrauche sucht Justinian zu begegnen, indem er nach der Wiederholung, daß nach des Anastasius Gesetze kein *Cessionar* vom Schuldner mehr einheben dürfe, als er dem Cedenten gezahlt habe (*ne amplius a debitore consequatur his, quae praestitit cessionis auctori*) oder — wie die *Vasiliken* sich ausdrücken — daß Keiner, dem für Geld eine Klage cedirt sei, über den für die *Cession* gegebenen Betrag hinaus ein Klagerecht gegen den Schuldner habe, verordnet:

»Da diejenigen, welche sich mit dergleichen Händeln befassen, wider die Absicht des Anastasischen Gesetzes den Ausweg betreten, einen Theil der Schuld unter dem Titel des Verkaufs, den übrigen Theil aber durch eine Scheinschenkung (*per coloratam donationem*) zu cediren: so wollen wir durchgreifend (*generaliter*) dem Anastasischen Gesetze zu Hülfe kommen durch die Bestimmung, daß Niemand einen Theil der Forderung auf Grund eines Verkaufs gegen Empfang von Geld cediren, einen anderen Theil aber zum Schein unter dem Titel der Schenkung übertragen (*donationis titulo videri*

¹⁸⁾ cf. *Giphan. explan. diffie. leg. Cod. ad leg. 22 et 23 C. mand. pag. 300.* — Unterholzner *Schuldverh. I, §. 239 not. i.* — Dagegen: *Blued. Vb. 16 §. 467.* — v. Wangerow *Leitsaden III, §. 576.* — *Cujac, obs. XVI, 16.* — — ¹⁹⁾ *l. 23 C. mand. (4. 35).* — — ²⁰⁾ *Schol. 9 zu Basil. XIV, 1 c. 84 (Heimb. II, p. 151) cf. Schol. Stephan. 21 zu Basil. XIV, 1 c. 6 §. 7 (Heimb. II, p. 77).*

transferre), sondern überall nur in Wahrheit und ohne Täuschung schenken darf (*puram et non dissimulatam donationem facere*).“

»Würde Jemand dessenungeachtet heimlich anders zu handeln versuchen und vorspiegeln (*simulat*), einen Theil der Forderung zu verkaufen, einen Theil zu verschenken, oder, während er heimlich (*occulte*) Geld annimmt, die ganze Forderung zu verschenken, sei es an den Forderungskäufer selbst, sei es (wie auch wohl zu geschehen pflegt) an einen Anderen als vorgeschobene Person, so schneiden wir diese List völlig ab, so daß der Scheinbeschenkte nicht mehr erhält, als er selbst nach dem wahren Contracte in Wirklichkeit zahlte; daß vielmehr alles, was darüber hinausgeht und durch eine vorgespiegelte Schenkung übertragen worden ist, auf beiden Seiten ungültig sein und weder dem Cedenten noch dem Cessionar zu irgend einem Gewinne gereichen, geschweige einem von beiden ein (persönliches) Klagrecht gegen den Schuldner oder (eine dingliche Pfandklage) gegen dessen Sachen gewähren soll.“

In diesen Sätzen, deren letzter in der Ursprache wörtlich dahin lautet²¹⁾:

sed omne, quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus: et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit aliquid lucri fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.

läßt Justinian die offenen Uebertretungen des Anastasischen Gesetzes geflissentlich unberührt, indem er sich darauf beschränkt, Bestimmungen gegen die verdeckten Umgehungen derjenigen Forderungskäufer zu treffen, welche die gekauften Forderungen zu höherem Betrage, als sie dafür gezahlt haben, mit Hülfe des Cedenten unter dem falschen Scheine einer gänzlichen oder theilweisen Schenkung einzuklagen suchen. Solche Cessionare unterscheiden sich von den offenen Unternehmern fremder Forderungen dadurch, daß sie eine dem Cedenten geleistete Geldzahlung gar nicht oder doch nur hinsichtlich des vorgeblich gekauften Theils der cedirten Forderung zu erweisen brauchen, um nichtsdestoweniger äußerlich unter dem Vorwande, sei es einer gänzlichen Schenkung, sei es einer theilweisen Schenkung und eines theilweisen Baarzahlungskaufs zur Einforderung der ganzen Forderung legitimirt zu erscheinen, so lange ihnen nicht bewiesen wird, daß die vorgebliche Schenkung auf Simulation beruht.

²¹⁾ 1. 23 §. 1 C. mand. (4. 35).

Dieser Beweis ist natürlich vom Cessus zu führen²²⁾, wie niemals verkannt sein würde, wenn man genügend beachtet hätte, daß Justinian allenthalben nur von Scheinschenkungen spricht²³⁾, daher nur Scheinschenkungen verboten, wahre Schenkungen dagegen, mögen dieselben das Ganze oder nur einen Theil der Forderung betreffen, nach wie vor zugelassen hat und insbesondere selbst in dem Sake²⁴⁾:

sed si voluerit debitum totum pure donare et per donationem actiones transferre, (sancimus) non occulte nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem; hujusmodi enim cessionibus non adversamur.

wie der logische Zusammenhang mit den unmittelbar vorhergehenden und nachfolgenden Worten zeigt, den Ton nicht auf das Wort *totum*, sondern auf den Gegensatz zwischen wirklichen und Scheinschenkungen gelegt hat²⁵⁾.

Um indeß den schuldigen Beweis dem Cessus thunlichst zu erleichtern, bestimmt Justinian, und zwar zunächst für den Fall, daß die Schenkung der ganzen Forderung simulirt wird, obwohl heimlich etwas dafür bezahlt worden ist²⁶⁾:

et in hoc casu tantummodo exactionem sortiri ejus, quod datum esse comprobetur,

d. h. »der vom Cessus auch nur im Allgemeinen geführte Beweis, daß keine wirkliche, sondern eine Scheinschenkung vorliege, bewirkt, daß auch in diesem Falle der Cessionar nur so viel, als er dem Cedenten gezahlt zu haben nachweist, vom Cessus einziehen kann; denn daß der auch in diesem Falle zu führende Beweis des dem Cedenten gezahlten Betrags dem Cessionar obliege, darf nach den zu dem Anastasischen Gesetze über die Beweislast gelieferten Ausführungen als gewiß angenommen werden, und daß unter dieser Voraussetzung den Cessus nur der allgemeine Beweis der Scheinschenkung, nicht auch der besondere Beweis des Umfangs derselben treffen kann, folgt, deshalb, weil sonst für den vom Cessionar zu führenden Beweis des dem Cedenten gezahlten Betrags kein Raum bleiben würde.

²²⁾ l. 19 §. 2 D. de probat. (22. 3). — — ²³⁾ — *per coloratam cedant donationem — donationis titulo videri transferre — simulatam donationem celebrare — simulat per figuratam donationem translatum — donationem facere adsimulaverit — ex dissimulata donatione oriatur molestia.* — — ²⁴⁾ l. 23 pr. in fin. C. mand. (4. 35). — —

²⁵⁾ Anderer Meinung ist Brackenhoeft a. a. D. S. 205. — v. Vangerow a. a. D. — — ²⁶⁾ l. 23 §. 2 C. mand. (4. 35).

Nach Analogie dieses Falles und weil dem Anfangsworte *et* in dem herausgehobenen *Sage* sonst die erforderliche Beziehung fehlen würde, ist in derselben Weise die Beweislast für den Fall zu vertheilen, wenn die Behauptung des Cessionars, daß ein Theil der cedirten Forderung geschenkt worden sei, durch die Gegenbehauptung der Scheinschenkung vom Cessus bestritten wird, indem auch hier nach dem vom Cessus im Allgemeinen gelieferten Beweise der Scheinschenkung der Cessionar nicht mehr darf eintreiben können, als er dem Cedenten gezahlt zu haben darthut.

Eine Last bleibt der vom Cessus zu übernehmende Beweis freilich immer. Die Last ist aber nicht ohne Vergütung gelassen, da der Beweis des Cessus nach Justinian's klaren Worten den Erfolg haben soll, den Cessus von demjenigen Theile der Forderung, für welchen der Cessionar keine dem Cedenten gezahlte Valuta nachzuweisen vermag, gänzlich sowohl dem Cessionar als dem Cedenten gegenüber zu befreien, und zwar, da weder dem Cedenten noch dem Cessionar irgend ein *lucrum* zu Theil werden oder verbleiben soll, in dem Grade zu befreien, daß nicht einmal eine *naturalis obligatio* fortbesteht. Justinian fügt hinzu²⁷⁾: den Schuldnern werde dadurch ein Vortheil zugewandt, den sie gerechter Weise schon seit dem Anastasischen Gesetze, sofern man dasselbe listig vereiteln zu können geglaubt habe (*quam homines astute lacerandum esse existimaverunt*), hätte genießen sollen, der aber, um alle Härte zu vermeiden, erst in Zukunft jeder ausgedachten Umgehung des Anastasischen Gesetzes folgen möge (*ut omne, quod contra legem Anastasianam excogitatum est, hoc in posterum nostro perfruatur remedio*). Der »listigen Vereitelung oder der ausgedachten Umgehung« erwähnt Justinian abermals im unverkennbaren Gegensatz zu der offenen Uebertretung, die nach wie vor nur den von Anastasius verordneten Strafen unterliegen, nicht auch für den Cessus den Genuß des von Justinian gegen die geheimen Uebertretungen verordneten *remedium* zur Folge haben soll.

Justinian durfte übrigens die Rückwirkung des gegen die Umgehung des Anastasischen Gesetzes eingeführten *remedium* auf die Vergangenheit deshalb für gerechtfertigt halten, weil der Cedent allerdings gegen den Cessus an seine Erklärung der dem Cessionar gemachten Schenkung selbst in dem Falle, wenn der Cessus dem Cessionar gegenüber den Beweis der Simulation geführt hat, füglich gebunden bleibt, ohne auf die zwischen dem Cessionar und dem Cessus geführten Gegenbeweis-Verhandlungen sich berufen zu dürfen²⁸⁾; ein Grund, der

²⁷⁾ 1. 23 §. 3 C. mand. (4. 35). — — ²⁸⁾ 1. 9 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2).

nicht eintritt, wenn das Gesetz offen übertreten ist und der Cedent keine der Wahrheit widersprechende Erklärung abgegeben hat.

Nach diesen Ausführungen unterscheiden sich die Constitutionen des Anastasius und des Justinianus dadurch, daß jene den offenen, diese den unter dem falschen Scheine einer gänzlichen oder theilweisen Schenkung versteckten Ankauf einer Geldschuldforderung unter dem Nennwerthe zum Gegenstande hat; daß jene zur Verhütung der offenen Speculation dem Cessionar außer dem Beweise des *mandatum agendi* und der *causa* desselben, auch, so oft die *causa* in einem Kaufe besteht, den Beweis der gezahlten Valuta auflegt und den durch Zahlung nicht gedeckten Theil der Forderung nicht vom Cessionar, wohl aber vom Cedenten einzuklagen läßt; diese zur Verhütung der verdeckten Speculation zwar nicht umhin kann, den Cessus mit dem Beweise der Simulation zu beschweren, dafür aber auch denselben, sofern er nur im Allgemeinen diesen Beweis führt, bis auf die Summe, welche der Cessionar dem Cedenten gezahlt zu haben nachweist, völlig sowohl dem Cessionar als dem Cedenten gegenüber von der Schuld befreit; daß jene ebendeshalb bloß den Cessionar als schuldigen Theil (*cessiones in semet exponi properare*²⁹⁾ oder in *semet convici cupiunt*), den Cedenten dagegen nebst dem Cessus als unschuldige Hülfbedürftige darstellt (*personas litigatorum vexationibus afficere*), diese gleich dem Cessionar auch den Cedenten, welcher durch die falsche Angabe einer gänzlichen oder theilweisen Schenkung der cedirten Forderung zur Bedrückung des Cessus verwerflichen Vorschub leistet, als Mitschuldige behandelt (*invenientes machinationem, ut partem debiti venditionis titulo transferant, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem nulli licere, partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis partem autem donationis titulo videri transferre cett.*).

Sollte dessenungeachtet gegen unsere Auslegung ein Zweifel übrig geblieben sein, so würde derselbe vollends zerstreut werden durch eine Basilikenscholie, welche zu Justinian's Bestimmung, daß im Fall eines durch den Schein einer Schenkung verdeckten Ankaufs der Forderung auch der Cedent kein Klagrecht gegen den Cessus haben solle, Folgendes bemerkt³⁰⁾:

²⁹⁾ Cujac. obs. XVI, 24 liest *praeparare*, weil die Basiliken übersetzen: *παροσκευάζειν* (cf. l. 28 §. 2 C. de adm. tut. [5. 37]). — — ³⁰⁾ Schol. 2 zu Basil. XIV, 1 c. 85 (Heimb. II, p. 152). Hoc praesens constitutio innovavit: praecedente enim constitutione haec poena ejus, qui cessit actionem, non continetur. Recte igitur illa dicitur, id quod actione

Τοῦτο ἡ παροῦσα ἐκαινοτόμησεν διάταξις. ἐν γὰρ τῇ πρὸ αὐτῆς οὐκ εἴρηται τοῦτο τὸ ἐπιτίμιον κατὰ τοῦ ἐκχωρήσαντος· καλῶς οὖν εἶπεν ἐν ἐκείνῃ, ὅτι τὸ περιττεῦον ἐν τῇ ἐκχωρηθείσῃ ἄγωγῇ ὑπὲρ τὴν δοθεῖσαν ποσότητα, τοῦτο ὁ ἐκχωρήσας ἡδύνατο λαβεῖν, ὅσον ἐξ ἐκείνης τῆς διατάξεως. ἀλλ' ἡ παροῦσα διάταξις καὶ τοῦτο ἀνείλεν.

Es heißt hier ausdrücklich, daß die dem Cedenten bestimmte Strafe eine Neuerung Justinian's sei, und daß nach dem Gesetze des Anastasius der den gezahlten Kaufpreis überschreitende Theil der cedirten Forderung, dessen Einflagung dem Cessionar versagt werde, gültig vom Cedenten verfolgt werden könne.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses erprobt sich endlich an der Geschichte der Ausnahmen, welche Anastasius von seinem Gesetze gemacht hat.

Diese Ausnahmen müssen sämmtlich der Art sein, daß ihnen ganz oder theilweise sowohl die causa donationis als die causa emtionis zum Grunde liegen kann; denn was die erstere causa betrifft, würde sonst Anastasius am Schlusse des Gesetzes nicht gesagt haben, daß unter der Voraussetzung einer donatio die Cessionen sowohl in den ausgenommenen und speciell aufgezählten, als auch in anderen Fällen nach dem Inhalte der cedirten Klagen ohne irgend eine Abminderung Geltung haben sollen; und was die zweite causa anlangt, würde sonst die Regel des Anastasischen Gesetzes auf die Ausnahmefälle nicht einmal anwendbar gewesen, geschweige — wie doch später vorgeschrieben — wirklich angewandt worden sein³¹⁾.

Einzeln genommen bestehen aber die Ausnahmen in folgenden:

1. in den Cessionen, welche hinsichtlich erbshaftlicher Forderungen unter Miterben stattfinden³²⁾; Cessionen, denen offenbar je nach Umständen sowohl eine Schenkung als ein Kauf³³⁾ unterliegen kann;

2. in den Cessionen, welche entweder der Gläubiger oder der Besitzer von Sachen für eine Forderung oder für die Befestigung und den Schutz bei ihm befindlicher Sachen empfängt.

Unter den dem Besitzer zur Befestigung und zum Schutze der besessenen Sachen ertheilten Cessionen sind ohne Zweifel vor-

cessa continetur ultra pecuniam datam, ab eo, qui cessit, peti posse. Verum hoc quoque praesens constitutio sustulit. —

³¹⁾ Basil. XIV, 1 c. 86 (Heimb. II, p. 152), 1. 24 C. mand. (4. 35). —

³²⁾ cf. 1. 4 C. de litig. (8. 37). — — ³³⁾ 1. 1 C. com. utr. jud. (3. 38). —

§. 26 not. 38.

zugsweise Cessionen hypothekarischer mit einem debitum verbundener Klagen zu verstehen³⁴⁾, welche der rechtmäßige Besitzer einer verpfändeten Sache gegen Zahlung der Pfandschuld vom klagenden Pfandgläubiger sogar zu fordern berechtigt ist³⁵⁾; denn theils nimmt unter diesen Umständen die Zahlung mehr die Natur eines Kaufpreises³⁶⁾ und das ganze Geschäft mehr die Natur eines Forderungskaufs an, theils ist der Erwerb der Pfandforderung dem Besitzer zur Sicherung und zum Schutze der besessenen Sachen gegen anderweite Pfandrechte unentbehrlich³⁷⁾. Nur ist natürlich zur Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung voranzusetzen, daß die Cession nach Uebereinkunft der Parteien gegen eine den Nennwerth der Pfandforderung nicht erreichende Summe erfolgt ist.

Ungewisser ist, was man sich unter denjenigen Cessionen vorzustellen habe, welche der Gläubiger für eine Schuldforderung empfängt. Mit der Glosse und der auch von Mühlenbruch³⁸⁾ getheilten gemeinen Meinung³⁹⁾ an Cessionen zu denken, welche einem Gläubiger statt Zahlung ertheilt werden, verbieten verschiedene Erwägungen. Erstens sind dergleichen Cessionen an sich schon der Regel des Anastasischen Gesetzes entzogen; zweitens fehlt die innere Verwandtschaft, welche nach der äußeren Verschränkung zwischen den Cessionen pro debito und den Cessionen pro rerum munimine ac tuitione bestehen muß; drittens ist die in allen drei Ausnahmefällen angewandte und in dem zweiten Ausnahmefalle nicht bloß zu dem Worte debito, sondern auch zu dem Satze rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione gezogene Präposition pro allenthalben in demselben Sinne, und zwar nicht in dem Sinne von »anstatt«, sondern in dem Sinne von »zum Besten« oder »zum Zweck« gebraucht. Bei dieser Sachlage bleibt nichts übrig, als unter den Cessionen pro debito diejenigen zu verstehen, welche der eine Gläubiger von einem andern concurrirenden Gläubiger zum Besten der eignen Schuldforderung (pro debito) empfängt, also namentlich diejenigen Cessionen, welche der eine Pfandgläubiger vom andern an derselben Sache berechtigten Pfandgläubiger zur Befestigung der eignen Pfandforderung⁴⁰⁾, der unprivilegirte Handschriftsgläubiger vom privilegierten Handschriftsgläubiger desselben Schuldners zur Sicherung der eignen unprivilegirten Handschriftsforderung⁴¹⁾,

³⁴⁾ cf. Schel. 8 zu Basil. XIV, 1 c. 84 (Heimb. II, p. 151). — —

³⁵⁾ l. 19 D. qui potior (20. 4). C. §. 28 not. 9. — — ³⁶⁾ C. §. 9 not. 67.

— C. §. 44 not. 8 u. not. 50. — — ³⁷⁾ C. §. 28. — — ³⁸⁾ Gess. §. 53 C. 542.

— — ³⁹⁾ Glueck Com. Bd. 16 C. 473 ff. — — ⁴⁰⁾ C. §. 31. — l. 5 pr. D.

de censib. (50. 15). — — ⁴¹⁾ C. §. 36.

der Bürge vom Gläubiger⁴²⁾, der Vormund vom Mündel⁴³⁾ zur Erleichterung des sonst nur mit der *actio mandati* beziehungsweise *actio negotiorum gestorum* zu nehmenden Regresses *ic.* gegen Zahlung der Schuld fordern kann, sofern sie nach Uebereinkunft der Parteien gegen eine unter dem Nennwerthe der cedirten Forderung zurückbleibende Summe ertheilt werden. Denn diese Cessionen sind ebensowohl auf die *causa emtionis*⁴⁴⁾ als auf die *causa donationis* zurückzuführen, sind innerlich verwandt mit den Cessionen *pro rerum munimine ac tuitione* und nach dem eigenthümlichen Sinne der Präposition *pro* durch die Worte: *pro debito* passend bezeichnet. Ueberdies wird diese Erklärung unterstützt durch Thaleläus, welcher zu den Cessionen *pro debito* die dem Gläubiger zur Confirmation eigner Pfandrechte gewährte Cession rechnet⁴⁵⁾.

3. In den Cessionen, welche unter Legataren oder Fideicommissaren, denen Schuldforderungen (*debita*) oder Klagen (*actiones*) oder auch andere Sachen (*res aliae*) hinterlassen sind, für diese (*pro his*) geschehen müssen. Da auch hier Cessionen, welche ohne eine Gegenleistung in Gelde Legataren oder Fideicommissaren ertheilt werden, an sich den Beschränkungen des Anastasischen Gesetzes fremd sind, so muß man eine Geldzahlung des Vermächtnißnehmers hinzudenken und sich den Ausnahmefall mit einer Basilikenscholie⁴⁶⁾ etwa so vorstellen, daß dem Legatar oder Fideicommissar eine vielleicht durch eine Hypothek versicherte Schuldforderung — also ein *debitum* und eine hypothekarische *actio* — zu 100 gegen einen an den Fiduciar zu leistenden Kaufpreis von 10 vermacht ist⁴⁷⁾, oder daß verpfändete Sachen (*aliae res*) legirt sind, die der Legatar nach einer mit dem Pfandgläubiger getroffenen Uebereinkunft durch Zahlung einer geringeren Summe, als wirklich versichert ist, gegen Cession der Pfandforderung von den fremden Pfandansprüchen befreiet⁴⁸⁾.

In allen diesen Ausnahmefällen sichert das rechtliche Interesse, welches der Cessionar an dem Erwerbe der ihm cedirten Forderung

⁴²⁾ l. 17, l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 14 C. eod. (8. 41) — *facta nominis redemptione.* — — ⁴³⁾ l. 76 D. de solut. (46. 3), l. 21 D. de tut. et rat. (27. 3), l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58). — — ⁴⁴⁾ l. 5. pr. D. de censib. (50. 15) . . *quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.* — l. 17, l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 14 C. eod. (8. 41) — *facta nominis redemptione*, l. 76 D. de solut. (46. 3), l. 21 D. de tut. (27. 3), l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58). — — ⁴⁵⁾ Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 84 (Heimb. II, p. 150). — — ⁴⁶⁾ Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 86 (Heimb. II, p. 152). — — ⁴⁷⁾ l. 30 §. 1 D. ad leg. Falcid. (35. 2) — *vendere jussus certo pretio fundum aliamve quampiam rem.* — — ⁴⁸⁾ l. 57 D. de legat. I (30). S. §. 28 not. 15.

hat, vor dem Verdachte, redemptor litis zu sein, mit anderen Worten vor dem Verdachte, die Cession durch Bedrängung des Cedenten behuf Bedrängung des Cessus erwirkt zu haben.

Dessenungeachtet scheinen nach der von Justinian gegen vorgespiegelte Forderungsforderungen erlassenen Constitution nunmehr jene Ausnahmen zur Umgehung des Anastasischen Gesetzes mißbraucht worden zu sein. Wenigstens findet sich in den Basiliken⁴⁹⁾ der dem Corpus juris nur als ungültige *lex restituta* einverleibte⁵⁰⁾ Auszug einer neueren von Justinian in griechischer Sprache erlassenen Constitution⁵¹⁾, welche die Ausnahmen kurzweg aufhebt, so daß auch in Fällen der gedachten Art dem Cessionar nicht mehr, als den von ihm selbst dem Cedenten bezahlten Geldbetrag mit Zinsen vom Cessus einzutreiben gestattet sein soll.

Zu diesem Auszuge bemerkt eine Basilikenscholie⁵²⁾:

κακείνο δὲ σημειῶσαι, ὅτι ἡ διάταξις αὐτῇ οὐ μετήγαγε τὸ ἐπιτίμιον ἐπὶ τούτων τῶν προσώπων τῶν προηγορευμένων ἐν τῷ πρὸ αὐτῆς νόμῳ, ἀλλὰ μόνον ἐκέλευσε, τὸν ἐκχωρηθέντα μὴ πλείονα λαβεῖν ὧν δέδωκεν, ὡς εἶναι εὐδὴλον, ὅτι ἐπὶ τῶν τοιούτων προσώπων τὸ περιττεῦον μετὰ τὰ δοθέντα πάντα τῷ ἐκχωρηθέντι δύναται ὁ ἐκχωρήσας λαμβάνειν.

Offene Uebertretungen des Anastasischen Gesetzes sollen auch in den früher ausgenommenen Fällen nach der Regel behandelt werden, daß der Ueberschuß, um welchen der Nennwerth der cedirten Forderung den vom Cessionar bezahlten Kaufpreis übersteigt, nicht vom Cessionar, wohl aber nach der Zurückweisung des Cessionars vom Cedenten gegen den Cessus eingeklagt werden kann. Der von Justinian in seiner ersten Constitution auch dem Cedenten gedrohte Forderungsverlust bleibt also fortwährend eine Strafe der durch falsche Angabe einer Schenkung zur Umgehung des Anastasischen Gesetzes vom Cedenten geleisteten Beihülfe und nur auf diesen besondern Fall beschränkt, während abermals anerkannt ist, daß die offene

⁴⁹⁾ Basil. XIV, 1 c. 86 (Heimb. II, p. 152). — — ⁵⁰⁾ l. 24 C. mand. (4. 35). — — ⁵¹⁾ Der Irrthum Mühlenbruchs (Cess. S. 538 not. 58), daß dieses nur eine griechische Version der l. 23 C. mand. (4. 35) sei, ist längst widerlegt. — cf. Witte *leges restitutae* des Coder S. 32. — Heimbach in *Weiske's Rechtslexic.* Bd. 3 S. 705 not. 7. — — ⁵²⁾ Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 86 (Heimb. II, p. 153): *Praeterea nota, hanc constitutionem poenam non transtulisse in has personas, quae praecedente constitutione memoratae sunt, sed tantum praecepisse, ne cessionarius plus consequeretur, quam dedisset, ita ut manifestum sit, in ejusmodi personis id quod ultra id, quod a cessionario datum est, debetur, eum consequi, qui cessit.*

Uebertretung des Anastasischen Gesetzes den Cessus allenthalben nur befähigt, den schuldigen Cessionar, nicht auch den unschuldigen Cedenten von der Einforderung des Preisüberschusses auszuschließen.

Der hierdurch festgestellte Gesichtspunkt einer auf die mangelnde Legitimation des Cessionars sich gründenden Ausschlussberechtigung führt zu zwei wichtigen Folgerungen:

Erstens erscheint die etwa vom Cessus dem Cessionar über den von diesem an den Cedenten gezahlten Preis hinaus geleistete Zahlung in Betreff des Cessionars, der ohne processualische Delegation immer nur im Namen des ursprünglichen Gläubigers mit liberatorischer Wirkung Zahlung annehmen kann, als durch eine falsche Voraussetzung verursacht. In Folge dessen ist der Cessus zwar zur *condictio sine causa*⁵³⁾, ja unter Umständen selbst zur *condictio furtiva* und *actio furti*⁵⁴⁾ gegen den Cessionar berechtigt, aber vom Cedenten auf keinen Fall ohne Weiteres befreit⁵⁵⁾, sondern höchstens, sofern gutgläubig gezahlt ist und dem Cedenten vorgeworfen werden kann, durch das auf die ganze Forderung gestellte Klagmandat zu der irrtümlichen Zahlung des Preisüberschusses an den nicht legitimierten Cessionar verleitet zu haben, mittelst der *exceptio doli* in den Stand gesetzt, den Cedenten statt der abermals geforderten Zahlung mit der Cession der gegen den Cessionar zustehenden Klagen abzufinden⁵⁶⁾.

Zweitens muß derjenige Cessionar, welcher seine Rechte erst durch die Vermittelung eines oder mehrerer Vorcessionare vom ursprünglichen Gläubiger ableitet, verpflichtet erachtet werden, zum Zweck der eignen Sachlegitimation auch die Sachlegitimation aller Vorcessionare nachzuweisen, also, sofern auch die Cessionen an die Vorcessionare auf Kauf sich gründen, die bei jeder früheren Cession geschehene Einzahlung der vollen Valuta an den betreffenden Cedenten ebenfalls darzuthun. Denn da Niemand mehr Rechte abtreten kann als ihm selbst zustehen⁵⁷⁾, so würde der Cessus ohne jenen vom Cessionar zu liefernden Nachweis Gefahr laufen, den an den letzten Cessionar gezahlten Preisüberschuß an einen der Vorcessionare oder an den ursprünglichen Gläubiger, denen durch spätere Cessionen ihre Klagrechte nicht geschmälert sein können, zum zweiten Male bezahlen zu müssen⁵⁸⁾. Solcher Gefahr

⁵³⁾ l. 58 pr. D. de solut. (46. 3). Vergl. Erleben, die *condictiones sine causa* Bd. 2 S. 191. 194. — — ⁵⁴⁾ l. 43 pr. §. 1, l. 80 §. 5. 6 D. de de furt. (47. 2), l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3) cf. Erleben a. a. O. S. 193. — Rechtsleric. Bd. 3 S. 360 not. 39. — — ⁵⁵⁾ l. 34 §. 4 D. de solut. (46. 3) cf. Brackenhoeft a. a. O. S. 202 ff. — — ⁵⁶⁾ l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3). — — ⁵⁷⁾ l. 19 §. 9 D. de captiv. (49. 15), l. 54 D. de reg. jur. (50. 17). — — ⁵⁸⁾ Eine etwas andere Entscheidung dieses Falles giebt Mühlenbr. Cess. S. 606 f.

darf der Cessus nicht ausgesetzt werden, weshalb dem Cessionar, welcher dem Vorcessionar mehr als dieser seinem Cedenten für die Forderung gezahlt haben sollte, nur der Regreß gegen seinen Cedenten übrig bleibt⁵⁹⁾.

Justinian verordnet demgemäß, falls derjenige, welcher durch eine Scheinschenkung an eine vorgeschobene Person cediren ließ, erst dann wieder von dieser Person die ihr cedirte Forderung in der That ohne jede Zahlung cedirt erhielt, der Cessus solle durch den Beweis der der vorgeschobenen Person geschehenen Scheinschenkung in soweit, als der Nennwerth der Forderung den von der vorgeschobenen Person oder für dieselbe vom zweiten Cessionar gezahlten Preis übersteige, auch dem zweiten Cessionar gegenüber von der Schuld befreit sein⁶⁰⁾.

Alle übrigen Folgerungen machen sich von selbst, und da nun auch alle oben aufgeworfenen Fragen im Laufe der Erörterung ihre Beantwortung gefunden haben, so würden wir die Bestimmungen der Kaiser Anastasius und Justinianus verlassen können, wenn wir nicht schließlich noch einen Umstand zu berühren hätten, der das Seinige zum Erlaß der Bestimmungen beigetragen haben wird.

Im vorigen Paragraphen ist aufmerksam gemacht auf die Aehnlichkeit des *mandatum agendi* und der Tradition, ist namentlich hervorgehoben, daß die Bestimmung des *mandatum agendi*, mittelbar oder unmittelbar das Eigenthum der Forderung übergehen zu machen, wie die Bestimmung der Tradition, Eigenthum der Sache zu übertragen, nur aus der unterliegenden causa zu erkennen sei, daß daher der Mandatsempfänger, welcher mittelbar oder unmittelbar Eigenthum der Forderung in Anspruch nehme, ebensowohl als der Besitzempfänger, welcher Eigenthum der Sache anspreche, die unterliegende causa angeben und beweisen müsse. Die Aehnlichkeit des *mandatum agendi* und der Tradition hörte aber plötzlich auf, wenn die causa in einem Kaufe bestand. Zur Sicherung des Sachverkäufers war bekanntlich dem *jus gentium* und *naturale* gemäß durch die XII Tafeln bestimmt, daß trotz der Tradition das Eigenthum der verkauften Sache nicht übergehen solle, bevor der Kaufpreis bezahlt oder besonders creditirt worden sei⁶¹⁾; zur Siche-

⁵⁹⁾ l. 19 §. 9 D. de captiv. (49. 15) cf. l. 4, l. 5 D. de her. vel. act. (18. 4), l. 74 §. 3 D. de evict. (21. 2), l. 30 D. de pign. (20. 1). — —

⁶⁰⁾ l. 23 §. 1 C. mand. (4. 35). — — ⁶¹⁾ §. 41 J. de rer. div. (2. 1), l. 5 §. 18 D. de tribut. act. (14. 4), l. 38 §. 2 D. de lib. caus. (40. 12), l. 19, l. 53 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 5 §. 1 D. de jure fisci (49. 14), l. 11 §. 2 D. de act. E. V. (19. 1). — Varro de re rust. II, 2 §. 6. — Quintil. decl. 336.

rung des Forderungsverkäufers fehlte es an einer entsprechenden Bestimmung. Das vom Forderungsverkäufer ertheilte *mandatum agendi* übertrug sofort mittelbar oder unmittelbar das Eigenthum der Forderung, mochte der Kaufpreis bezahlt oder nicht bezahlt, creditirt oder nicht creditirt sein⁶²). Das Gesetz des Kaisers Anastasius war es nun, welches auch hier die Aehnlichkeit zwischen der *ex causa emtionis venditionis* erfolgten Tradition und dem *ex causa emtionis venditionis* erfolgten *mandatum agendi* insofern herstellte, als trotz der Mandatsertheilung der Uebergang des Forderungseigenthums vom Verkäufer auf den Käufer nicht stattfinden soll, bevor der Kaufpreis bezahlt worden ist.

Freilich blieb Anastasius nicht ganz bei den Grundsätzen des Sachverkaufs stehen, indem er den Uebergang des Forderungseigenthums in Folge des *ex causa emtionis venditionis* ertheilten *mandatum agendi* auch im Fall bewilligten Credits davon abhängig machte, daß und inwieweit der Kaufpreis wirklich gezahlt worden sei und den Nennwerth der creditirten Forderung decke; allein diese mehr aus der Fürsorge für den Cessus, als aus der Fürsorge für den Cedenten hervorgegangene Ueberschreitung gemeinrechtlicher Analogien ist nicht zu vermengen mit demjenigen Inhalte des Gesetzes, welcher lediglich die Grundsätze des Sachverkaufs auf den Forderungskauf auszudehnen bezweckt. Dieser Inhalt des Gesetzes ist nichts weniger als singulair, und kann daher auch da, wo neuere Gesetzgebungen die singulairen Bestimmungen des Anastasischen Gesetzes aufzuheben sich veranlaßt gesehen haben⁶³), schwerlich als mit aufgehoben betrachtet werden.

⁶²) I. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). C. §. 21 u. 24. — Vergl. auch I. 22 D. de her. vel. act. (18. 4), worin das Retentionsrecht des Erbschaftsverkäufers ausdrücklich auf *corpora hereditaria* beschränkt ist. —

⁶³) Vergl. z. B. Herzoglich Braunschw. Ges. vom 21. Decemb. 1849 §. 2 (Ges.- u. Verordn.-Sammlung Jahrg. 1849 Nr. 55): »Die Vorschrift des gemeinen Rechts, nach welcher der Käufer einer Forderung von dem Schuldner nur so viel einzufordern berechtigt ist, als er für die creditirte Forderung gegeben hat (*lex anastasiana*), wird hierdurch aufgehoben.«

Fünftes Kapitel.

Ungültigkeit des mandatum agendi in rem suam.

Wie jedes Mandat zu einer natürlich oder rechtlich unmöglichen Handlung ungültig ist¹⁾, so hängt auch die Gültigkeit des mandatum agendi — einerlei ob es in rem alienam oder in rem suam ertheilt wird — von der natürlichen und rechtlichen Möglichkeit des aufzutragenen agere ab. Wo ein agere für den procurator in rem suam unmöglich ist, da tritt als unmittelbare Folge Nichtigkeit des mandatum agendi, Nichtigkeit der Cession ein. Um beispielsweise einige besonders wichtige Anwendungen dieser Regel hervorzuheben, so ist das mandatum agendi nichtig, welches dem procurator in rem suam ertheilt worden ist zu einer gegen den Mandanten selbst zu richtenden Klage, zu einer durch Andere überhaupt nicht geltend zu machenden Klage (Criminal- und Popularklage), zu einer Klage, die wegen Klaglosigkeit der Forderung nicht existirt oder die durch Bezahlung der Forderung zu existiren aufgehört hat; ferner das mandatum agendi, welches in rem suam ertheilt ist an Sklaven oder hinsichtlich der Forderung gegen den Hausvater oder Haussohn an den Haussohn beziehungsweise Hausvater. Jede dieser Anwendungen ist indeß belangreich genug, um einzeln genauer betrachtet zu werden. Wir wollen uns daher sofort dieser Aufgabe unterziehen.

I. Niemand kann gegen sich selbst klagen²⁾, Niemand also auch ein Klagrecht gegen sich selbst einem Andern zur Geltendmachung überweisen. Der Auftrag geht von vornherein auf etwas Unmögliches und ist daher nichtig. Ausdrücklich bezeugt das eine Basilikenscholie in den Worten³⁾:

Οὐδεὶς ἐχέωμεν δύναται τι κατ' ἑαυτοῦ.

Auch der Versuch des im Besitz befindlichen Eigenthümers, eine reivindicatio gegen sich selbst einem Andern abzutreten, macht keine Ausnahme von dieser Regel; denn alle für das Gegentheil angeführ-

¹⁾ l. 12 §. 14, l. 22 §. 3 f. D. mand. (17. 1), l. 5 §. 1 C. de legib. (1. 14), l. un. C. si serv. extero se emi mand. (4. 36). — ²⁾ l. 16 D. de furt. (47. 2), l. 116 §. 1 D. de legat. I (30) — a se vindicare non potest. — Vergl. auch l. un. C. si serv. extero (4. 36). — ³⁾ Schol. 6 zu Basil. XLII, l. c. 19 §. 3 (Heimb. IV, p. 205): Nemo adversus se ipsum aliquid cedere potest.

ten Beweisstellen sind durchaus unzutreffend, weil sie theils auf die Restitution eines Universalfideicommisses, nicht auf ein *mandatum agendi* sich beziehen, theils selbst beim Universalfideicommissar entweder nur Vindicatationen gegen dritte Besitzer als übergegangen schildern⁴⁾, oder den Uebergang wirklichen Besitzes und Eigenthums durch ein *constitutum possessorium* voraussetzen⁵⁾.

Der im Besitz befindliche Eigenthümer ist nur berechtigt, zu einer ihm im Fall des Besitzverlusts etwa später erwachsenden reivindicatio gegen Dritte im voraus ein *mandatum agendi* zu ertheilen⁶⁾. Dieses *mandatum* ist dann aber von vornherein auf eine künftige Klagführung gegen Dritte gerichtet und unterscheidet sich gerade dadurch von einem *mandatum*, welches eine gegenwärtige Klagsausübung gegen den Cedenten selbst zum Gegenstande hat. Jenes Mandat bezweckt etwas physisch und juristisch Mögliches, ist daher gültig; dieses Mandat dagegen bezweckt etwas Unmögliches und ist eben daher ungültig.

II. Accusationen wegen eines Verbrechens⁷⁾ und Popularklagen⁸⁾ sind in der Regel ausgeschlossen von der Möglichkeit, durch Vertreter betrieben zu werden; folglich muß der Auftrag zu ihrer Betreibung in der Regel ungültig sein, mag er zu des Mandanten oder zu des Mandatars Besten ertheilt werden.

Befremden kann dieses Ergebniß höchstens bei den Popularklagen, als Klagen auf eine dem Kläger zu zahlende Geldstrafe. Allein durch die Geldstrafe soll ein öffentliches Interesse geschützt werden⁹⁾ und nach uralter Ansicht ist das öffentliche Interesse eigne Sache aller berechtigten Theilnehmer des Gemeinwesens *in solidum*¹⁰⁾. Die zum Schutze der Volksrechte dienenden Popularklagen werden daher zwar Weibern¹¹⁾, Unmündigen¹²⁾ und Ehrlosen¹³⁾ versagt, aber jedem männlichen, selbständigen, makelfreien Volksgenossen dergestalt eingeräumt, daß er nicht aus dem Rechte des Staats als

⁴⁾ l. 12 §. 1 D. de publ. act. (6. 2), l. 63 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — ⁵⁾ l. 37 pr. l. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — —

⁶⁾ l. 3 C. de donat. (8. 54) — cf. Salicet. ad Cod. l. ult. C. IV, 39 nr. 4. — Francos. 1615. — p. 996. — l. 11 D. de her. vel act. vend. (18. 4) cf. l. 3 §. 2 D. pro soc. (17. 2). — Mühlenbr. Geff. §. 258 A. num. 1. — §. 260 not. 31. — §. 261 f. — — ⁷⁾ l. 13 §. 1 D. de publ. jud. (48. 1) Paul sent. vec. V, 4 §. 12. — §. 10 J. de injur. (4. 4), l. 11 C. eod. (9. 35) — Lex Rom. Burgund. tit. 12. — — ⁸⁾ l. 5 D. de pop. act. (47. 23), l. 42 pr. l. 45 §. 1 D. de procur. (3. 3) fr. Vat. §. 340. — — ⁹⁾ l. 1 D. de pop. act. (47. 23), l. 30 §. 3 D. de jurejur. (12. 2) publica actio, l. 42 pr. D. de proc. (3. 3) popularis actio im Gegensatz der privata actio. — — ¹⁰⁾ Zhering. Geist des röm. Rechts Th. 1 §. 187 f. — — ¹¹⁾ u. ¹²⁾ l. 6 D. de pop. act. (47. 23). — — ¹³⁾ l. 4 D. de pop. act. (47. 23).

einer über den Einzelnen stehenden Gesamtheit, *alieno nomine*¹⁴⁾, sondern indem er das Recht des Volks als sein eignes schützt (*suum jus populi tuetur*¹⁵⁾ als Bürger¹⁶⁾ aus eignem Rechte, suo nomine klagt, und durch die *litis contestatio* wie durch den Empfang der verwirkten Strafe das Klagrecht für sich und zugleich für alle übrigen Volksgenossen consumirt¹⁷⁾. Popularklagen sind — um es kurz zu sagen — mit der öffentlichen Persönlichkeit des Bürgers verbunden, nicht aber auf einer Obligation beruhend, in welcher zwei individuelle Privatpersonen wie Verletzter und Verlezer gegen einander stehen¹⁸⁾, nicht der Privatperson und deren Vermögen zugehörig¹⁹⁾, nicht auf Nachfolger der Privatperson übergehend²⁰⁾ und nicht durch Vertreter der Privatperson, sei es zum Besten der Vertretenen, sei es zum Besten des Vertreters verfolgbar²¹⁾:

Πῶς γάρ ἐστι δυνατόν — fragt der Basilikenscholiast ²²⁾ — *τινα κινῆσαι ὡς ἐντολέα; εἰ γάρ τις κινεῖ ὡς ἐντολὴς, τίνος ἔνεκεν οὐ κινεῖ ἰδίῳ ὀνόματι, ὡς καὶ αὐτὸς ὦν τῶν πολιτῶν καὶ ἰδίῳ ὀνόματι κινῆσαι δυνάμενος.*

Nur insofern die Popularklagen zugleich Privatklagen sind²³⁾,

¹⁴⁾ Diese irrige Meinung ist sehr verbreitet, und findet sich selbst bei v. Savigny Syst. II, §. 132. 217. — Sie stützt sich theils auf Gaj. IV, 82: — *pro populo* — theils auf l. 8 §. 3 D. de op. nov. nunc. (39. 1): *alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor.* — Allein die Worte von Gaj. sind richtiger auf Privatklagen des *fiscus* und sonstiger *res publicae* zu beziehen (cf. l. 1 C. de peric. nom. (11. 33), l. 8 D. de pollicit. (50. 12) — *nomine publico agere* — Schrader ad pr. J. de his, per quos agere poss. (4. 10) — und aus den Worten der Pandectenstelle folgt nicht, daß der *civis* *alieno nomine* geklagt habe, weil derselbe als *Nunciant* vom *Nunciaten* sonst *satisfactio*, nicht bloß *repromissio* erhalten haben würde, auch *satisfactio de rato* zu leisten gehabt hätte, die er doch nicht zu leisten hat. — cf. l. 5 §. 20 D. de op. nov. n. (39. 1), l. 5 §. 18 D. eod. l. 3 §. 4, l. 4 D. eod. — Rudorf in Jahrb. für gem. Recht. IV, §. 145. — ¹⁵⁾ l. 1 D. de pop. act. (47. 23). — ¹⁶⁾ l. 43 §. 2 D. de proc. (3. 3) — *quasi unus ex populo agit* — l. 4 D. de pop. act. (47. 23) cf. not. 8. — ¹⁷⁾ l. 3 pr. D. de pop. act. (47. 23), l. 45 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 30 §. 3 D. de jurejur. (12. 2), l. 3 §. 13 D. de hom. lib. exhib. (43. 29), l. 6 D. de sepulcr. viol. (47. 12). — ¹⁸⁾ l. 11, l. 12 D. de V. S. (50. 16), l. 56 §. 3 D. de fidej. (46. 1). — ¹⁹⁾ l. 7 §. 1 D. de pop. act. (47. 23), l. 32 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2), Schel. 1 zu Basil. XXIII, 1 c. 1 (Heimb. II, p. 586). — ²⁰⁾ l. 7 pr. D. de pop. act. (47. 23), l. 5 §. 5 D. de his, qui effud. (9. 3). — ²¹⁾ §. not. 8. — ²²⁾ Schel. zu Basil. LX, 82 c. 9 (Heimb. V, p. 670): *Qui enim fieri potest, ut quis agat quasi procurator? Nam si quis agat ut procurator, quam ob causam non agit suo nomine, cum unus et ipse sit ex civibus qui possit agere suo nomine?* — ²³⁾ l. 42 pr. D. de proc. (3. 3): — *popularis actio* in Gegensatz der *privata actio* im Ausnahmefalle als *quasi privata actio* bezeichnet.

oder mit anderen Worten außer der Strafe zugleich ein Vermögensrecht des Klägers auf Entschädigung verfolgen, gestattet der Prätor ausnahmsweise und *causa cognita* nicht nur deren Anstellung durch Weiber und — natürlich unter Autorität des Tutors²⁴⁾ — durch Unmündige²⁵⁾, sondern auch deren Vererbung²⁶⁾ und deren Betreibung durch Procuratoren²⁷⁾, was alles nicht möglich wäre, wenn die Popularklagen im Namen des Staats (*alieno nomine*) angestellt würden²⁸⁾.

Das *mandatum agendi* in Betreff der Popularklagen, mag es einen *procurator in rem alienam* oder einen *procurator in rem suam* aufzustellen bezwecken, ist also in der Regel ungültig und nur in den eben erwähnten Ausnahmefällen von Wirksamkeit.

Auch die regelmäßige Nichtcessibilität gilt aber nur von der Zeit vor der *litiscontestatio*; denn die *litiscontestatio* begründet ein contractsähnliches Verhältniß²⁹⁾ und verwandelt die mit der öffentlichen Persönlichkeit verbundene Popularklage in einen der vermögensrechtlichen Persönlichkeit angehörigen und vererblichen Privatauspruch³⁰⁾, welcher ebendeshalb für die Folge durch Procuratoren betrieben werden kann³¹⁾. Litigiöse Popularklagen erscheinen also cessibel, insoweit litigiöse Klagen überhaupt cessibel sind.

III. Der Begriff einer klaglosen Forderung bringt mit sich, daß bei derselben ein *agere* unmöglich, mithin ein *mandatum agendi* in *rem suam* wie in *rem alienam* ungültig ist. Man könnte freilich versuchen, eine Ausnahme von dieser einfachen Regel für diejenigen Naturalobligationen zuzulassen, welche nur *ope exceptionis* der an sich statthafter Klage entbehren, namentlich für die dem *SCtum Macedonianum* unterliegende Naturalobligation des Haussohns aus einem Gelddarlehn³²⁾ und für die Naturalobligation des wider besseres Recht freigesprochenen³³⁾ Schuldners. Allein dieser Versuch würde an folgender Betrachtung zerschellen:

Die Naturalobligation soll den Schuldner vor jedem anderen Erfüllungszwange, als der *soluti retentio* und der Compensation mit

²⁴⁾ l. 1. §. 2—4, l. 2, l. 58 §. 1 D. de adm. tut. (26. 7), l. 15, l. 21, l. 22 D. de auct. tut. (26. 8), l. 55 pr. D. de evict. (21. 2), l. 7 §. 1 D. de bon. poss. (37. 1). — Gaj. I, 184. — Ulp. fr. XI, 24. — — ²⁵⁾ l. 6 D. de pop. act. (47. 23). — — ²⁶⁾ l. 5 §. 5. 13 D. de effus. et dej. (9. 3) cf. Mühlenbr. Gef. C. 294 not. 107. — — ²⁷⁾ l. 42 pr. l. 45 §. 1 D. de procur. (3. 3). — — ²⁸⁾ C. §. 2 und spätere Ausführungen. — — ²⁹⁾ l. 3 §. 11 D. de pecul. (15. 1). — — ³⁰⁾ l. 12 pr. D. de V. S. (50. 16). — — ³¹⁾ fr. Vat. §. 340; dem Sinne nach etwa so zu restituiren: Nam nec actio popularis cognitorem ejus, qui quasi unus ex populo sibi dari postulavit, ante litem contestatam admittit. — — ³²⁾ l. 10, l. 18 D. de SCt. Maced. (14. 6). — — ³³⁾ l. 60 pr. D. de condict. ind. (12. 6) cf. l. 28 D. cod.

Schulden des Gläubigers³⁴⁾ sicher stellen. Diesem Zwecke würde es widersprechen, wenn der Gläubiger die natürliche Forderung abtreten und statt seiner beliebige andere Gläubiger aufbringen könnte, welche die Naturalschuld des *debitor cessus* mit ihren Schulden aufrechneten. Ein solches Bemühen, die eingeschränkte Wirksamkeit der *obligatio* zu erhöhen und die Schutzwehren, mit denen das Gesetz den Schuldner umgeben hat, zu vereiteln, wäre ein *agere in fraudem legis*, eine Unsitlichkeit, welche dem darauf gerichteten Mandate abermals seine Gültigkeit entziehen müßte³⁵⁾. Auf keinen Fall wird sich der Prätor herbeigelassen haben, die *ope exceptionis* unwirksame Klage als *utilis actio suo nomine* zu verleihen³⁶⁾, um dadurch dem Gessionar die sonst unmögliche Compensation mit eigenen Schulden möglich zu machen.

Ich trage daher nicht das mindeste Bedenken, auch in Betreff der nur *ope exceptionis* klaglosen Naturalobligationen die entschiedene Ungültigkeit der Gession anzunehmen.

Dieses Ergebnis, welches nach den treffenden Ausführungen *d'Azis's*³⁷⁾ auch den praktischen Anforderungen allein entspricht, findet in den Rechtsquellen unzweideutige Unterstützung.

Wenn zunächst Paulus im 33. Buche zum Edict die Regel aufstellt³⁸⁾:

Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

so gehören klaglose Forderungen gewiß nicht zu den *res, quas quis persequi potest*, sind vielmehr durch die *mores civitatis* dem Verkehr entzogen und zur Uebertragung untauglich gemacht.

Sodann heißt es bestimmter bei

Papinianus lib. 18 *Quaestionum*³⁹⁾:

Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet: si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset nec locupletior factus esset et petitor ad praesens debitum verba retulit: quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futu-

³⁴⁾ l. 6 D. de compens. (16. 2). — — ³⁵⁾ Gaj. III, 157 (cf. *Hufschte Stud.* C. 291 ff.) §. 7 J. mand. (3. 27), l. 6 §. 3, l. 12 §. 11, l. 22 §. 6 D. mand. (17. 1), l. 35 §. 2 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 5 §. 1 C. de legib. (1. 14), l. 7 §. 7 D. de pact. (2. 14). — — ³⁶⁾ C. §. 5 not. 11. — — ³⁷⁾ *Zeitschr. für Civilr. u. Proc.* N. 8. Bd. 10 Nr. V. — — ³⁸⁾ l. 34 §. 1 D. de contrah. emt. (18. 1). — — ³⁹⁾ l. 25 §. 1 D. quando dies leg. (36. 2) — Cujac. ad Papin. quaest. h. l. (opp. IV, p. 499 sqq.).

ram solutionem cogitavit: interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit: non secus, ac si ita dixisset: Titio dato, quod pupillus solverit; vel si legasset, quod ex Arethusa natum erit, vel fructus, qui in illo fundo nascentur. Contrarium non est, quod si medio tempore legatarius moriatur et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat: heres legatarii petitionem habet: namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit.

v. Savigny⁴⁰⁾ versteht unter dem petitor den Legatar Titius, nicht, wie andere Ausleger⁴¹⁾, den Testator, und führt dafür den entscheidenden Grund an, daß der Ausdruck petitor, der alles folgende regiert, nur gezwungen auf den Testator bezogen werden könne, da der creditor nur dann petitor heiße, wenn eine Klage bereits angestellt oder doch beabsichtigt werde. Er findet demgemäß in Papinian's Worten nachstehenden Fall:

Ein Pupill empfängt ohne Vormund ein Darlehn, durch welches er nicht bereichert wird. Der Gläubiger legt diese Forderung dem Titius. Wenn Titius das Legat wie ein gewöhnliches nomen legatum ansehen und gegen den Erben einlagen will, so ist er abzuweisen, weil keine gegenwärtige Schuld, die cedirt werden könnte, vorhanden ist. Dagegen ist das Legat nicht wirkungslos, wenn es der Legatar betrachtet als auf die naturalis obligatio gerichtet und daher in seiner Wirksamkeit bedingt durch die etwa künftig von dem Pupillen (willkürlich, vielleicht selbst irrig) zu leistende Zahlung. Sobald diese Zahlung eingeht, kann der Legatar das Geld von dem Erben einfordern.

Damit ist der Sachverhalt im Allgemeinen gewiß richtig angegeben; denn die Formel: der Erbe solle leisten, was der debitor dem Erblasser schulde, ist der gewöhnliche Ausdruck für das Legat eines nomen⁴²⁾. Im vorliegenden Falle hätte also der Erbe das vermachte nomen zu cediren und der Legatar auf diese Cession ex testamento⁴³⁾, und zwar, weil ein incertum Gegenstand der Quasicontractobligation war, mit der actio incerti zu klagen gehabt, wenn die Cess-

⁴⁰⁾ Obligationenr. I, §. 69 f. — — ⁴¹⁾ Z. B. Puchta Pand. §. 337. — — ⁴²⁾ §. 21 J. de legat. (2. 20), l. 44 §. 5. 6, l. 75 §. 1—3, l. 82 §. 5, l. 105 D. de legat. I (30), l. 13 pr. §. 1, l. 50 §. 2, l. 76 §. 3 D. de legat. II (31), l. 59 D. de legat. III (32), l. 6 D. de instr. leg. (33. 7), l. 3 §. 5, l. 21, l. 25 D. de liber. leg. (34. 3). — — ⁴³⁾ l. 19 §. 1 D. de pecul. leg. (33. 8), l. 73 D. de cond. et demonstr. (35. 1) — utili actione = effiacaci actione cf. Cujac. ad Papin. quaest. h. l. (opp. IV, p. 549 sq.).

sion überhaupt thunlich gewesen wäre⁴⁴⁾. Allein obgleich die auf *quidquid dari fieri oportet* lautende *intentio*⁴⁵⁾ der betreffenden Klage alles umfaßte, was der Erbe aus der *obligatio ex testamento* irgend zu leisten hatte⁴⁶⁾, obgleich es daher nothwendig zur Cession oder zur Verurtheilung des Erben in das Interesse wegen unterlassener Cession hätte kommen müssen, wenn irgend ein cessibler Gegenstand des Legats vorhanden gewesen wäre⁴⁷⁾, so schildert doch Papinian den Erfolg der gegen den Erben angestellten Klage gerade umgekehrt dahin, daß das Legat vollkommen unwirksam werde (*nul- lius momenti legatum erit*)⁴⁸⁾. Papinian geht augenscheinlich davon aus, der Legatar werde sich nicht anders zur Klage entschlossen haben, als wenn er irrtümlich — vielleicht verleitet durch den Aus- druck *debere*⁴⁹⁾ — das legitirte *debitum* nicht von einer *naturalis obligatio* und einer *futura solutio*, sondern von einem *praesens debitum*, d. h. von einer sofort durch Klage realisirbaren Schuld ver- standen hätte, und führt dann die Folge, daß das ganze Legat hin- fällig werde, auf den Grund zurück, weil der Pupill nichts der Art, d. h. nichts Klagbares schulde (*quia nihil ejus debet*). Bewirkte nämlich die Klaglosigkeit der Pupillarschuld, daß letztere nicht cedirt werden konnte, so mußte der Erbe freigesprochen werden, da es an jeder sofort thunlichen Leistung fehlte und der *judex in stricti ju- ris judicii* wegen künftiger Leistungen nicht auf *Cautio* erkennen durfte⁵⁰⁾. Das Urtheil tilgte aber durch processualische Consumtion die ganze *obligatio ex testamento*, bewirkte also, daß das Legat für die Zukunft völlig unwirksam wurde, obgleich es an sich nicht völlig unwirksam gewesen war, sondern *ex eventu solutionis va- lebat*⁵¹⁾.

Diese beschränkte Wirksamkeit mußte den Legatar, welcher über die Natur des legitirten *debitum* nicht im Irrthume sich befand, das

⁴⁴⁾ l. 75 §. 4 D. de legat. I (30), l. 8 §. 6 D. de liber. leg. (34. 3) — Gaj. II, 213. — — ⁴⁵⁾ Gaj. II, 213. IV, 54. 136. Heimbach, Lehre vom ere- ditum S. 94 ff. — — ⁴⁶⁾ Gaj. II, 213. IV, 131. — Nicht entgegen ist l. 20 D. de exc. rei jud. (44. 2), da hier von der *condictio de certa re* die Rede ist. Etwas anders erklärt bei Endemann Princip der Rechtskraft S. 54. 56. ⁴⁷⁾ l. 25 §. 8 D. de aedil. ed. (21. 1) . . *Judici enim, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur*. — — ⁴⁸⁾ Vergl. Schol. 14 inf. zu Basil. XVIII, 6 c. 1 §. 10 (suppl. ed. Zach. de Lingoth. p. 238). — Endemann a. a. O. S. 72 ff. S. 119 f. — — ⁴⁹⁾ l. 16 §. 4 D. de fidej. (46. 1), l. 5 §. 2, l. 94 §. 3 D. de solut. (46. 3), l. 10 f. D. de V. S. (50. 16) — cf. l. 41 D. de pecul. (15. 1), l. 40 §. 3 D. de cond. et dem. (35. 1). — — ⁵⁰⁾ l. 38 pr. D. pro soc. (17. 2), l. 41 D. de judic. (5. 1). — — ⁵¹⁾ cf. l. 50 §. 1 D. de legat. II (31), l. 75 §. 4 D. de legat. I (30).

debitum vielmehr richtig als *naturalis obligatio* und *futura solutio* auffaßte, veranlassen, einstweilen keine Klage gegen den Erben anzustellen, sondern dieselbe zu verschieben, bis der Pupill dem Erben gezahlt hatte, gerade als ob das Legat stillschweigend bedingt wäre und der Erblasser gesagt hätte: mein Erbe soll dem Legatar Titius das herausgeben, was ihm der Pupill gezahlt haben wird. Der Legatar mußte mit anderen Worten das Legat nach Analogie der Fälle behandeln, wenn vermacht ist, was *Arcthusa* gebären wird, oder die Ernte, welche auf jenem Acker wachsen wird. Die in solchen Fällen in Frage stehenden Voraussetzungen sind der Natur des Rechtsverhältnisses selbst innewohnend, daher keine wahre Bedingungen, welche bis zu ihrer Erfüllung den Erwerb und die Transmissio des Legats verhindern⁵²⁾, auch die processualische Consumtion der Klage ausschließen⁵³⁾, sondern Beschränkungen, welche den wahren Bedingungen als *conditiones tacitae* oder *quae insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt* in vielen Wirkungen geradezu entgegen gesetzt werden⁵⁴⁾. Das Legat des von der *Arcthusa* erwarteten Sklavenkindes, der vom Acker erwarteten Ernte und der vom Pupillen erwarteten Zahlung wird namentlich einerseits sofort mit des Erblassers Tode dem Legatar fest erworben und auf die Erben des Legatars transmittirt, wenn gleich die Klage bei Lebzeiten des Legatars noch nicht erwachsen war⁵⁵⁾; das Legat wird auch andererseits durch eine vorzeitig angestellte Klage processualisch consumirt und zufolge dessen *nullius momenti*⁵⁶⁾. Der letzterwähnte Erfolg könnte aber — was das Legat der Pupillarschuld anlangt — unmöglich eintreten, wenn die *Naturalobligation* cessibel wäre. Sein dessenungeachtet bezeugter Eintritt beweist also unwiderleglich, daß klaglose Forderungen nicht cessibel sind⁵⁷⁾.

Solcher unverwerflichen Zeugnisse ungeachtet erklärt sich die gemeine Ansicht der Rechtslehrer für das Gegentheil⁵⁸⁾. Außer gar nicht zur Sache gehörigen Gesekstellen⁵⁹⁾ stützt sie sich aber wesentlich

⁵²⁾ l. 1 §. 7 C. de caduc. toll. (6. 51). — — ⁵³⁾ l. 43 §. 9 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 36 D. de solut. (46. 3). — — ⁵⁴⁾ l. 1 §. 3, l. 47, l. 99 D. de condit. et dem. (35. 1), l. 68 D. de iure dot. (23. 3). — — ⁵⁵⁾ l. 99, l. 107 D. de condit. (35. 1), l. 7 §. 5, l. 21 §. 1, l. 22 §. 1 D. quando dies (36. 2). — — ⁵⁶⁾ §. 33 J. de act. (4. 6) — tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petit. — Hier ist von einer *conditio tacita, quae inest*, die Rede, wie in Papinian's Stelle. — — ⁵⁷⁾ Klaglose Forderungen gehören also nicht zu demjenigen, was aus der Erbschaft bereits auf den Erben gekommen ist. l. 2 §. 3 D. de her. vel act. (18. 4). — — ⁵⁸⁾ Mühlenbr. Geff. §. 22 Nr. III, C. 252 ff. — Unterholzner Schuldverh. I, §. 278 not. a. — — ⁵⁹⁾ l. 40 pr. l. 64 pr. D. ad Scf. Trebell. (36. 1), l. 17 D. de her. vel act. (18. 4) — cf. d'Avis a. a. D.

nur auf den Grund, daß nicht bloß activ, sondern auch passiv ein *procurator in rem suam* bestellt werden könne⁶⁰). Allein der passiv bestellte *procurator in rem suam* übernimmt gar keine Forderung des Mandanten, sondern eine Schuld und noch dazu eine durch Klage verfolgbare Schuld desselben. Die Bestellung des *procurator in rem suam* könnte also nur das Recht erzeugen, bei der Vertretung der klagbaren Schuld des Mandanten Einredeweise die klaglose Forderung desselben geltend zu machen; ein Recht, welches allerdings begründet ist, aber mit dem selbständigen auch zur Compensation mit des Cessionars Schulden berechtigenden Uebergange der Naturalobligation, wie ihn die Gegner sich denken, nichts gemein hat und die Cessibilität klagloser Forderungen eher widerlegt, als bestätigt.

Sind übrigens mit einer klaglosen Hauptforderung klagbare Nebenforderungen verbunden, z. B. aus einer Bürgschaft⁶¹), einem Constitut⁶²), einem Pfandrechte⁶³), so ist hinsichtlich dieser Nebenforderungen an der Zulässigkeit des *mandatum agendi* nicht zu zweifeln. Wenigstens hinsichtlich der zu einer klaglosen Hauptforderung gehörigen Pfandklage finden sich in den Rechtsbüchern klare Beläge für die Gültigkeit wirklicher⁶⁴) und fingirter⁶⁵) Cession, und besondere Gründe, welche nur die Cessibilität der Pfandklage, und nicht die Cessibilität anderer Nebenklagen gleichfalls beweisen sollten, sind nicht vorhanden. In der That erscheint ja auch die Cessibilität aller Nebenklagen durchaus vernünftig, da in der Lage des Schuldners kein Hinderniß zu entdecken ist, warum der durch Nebenklagen gegen den Naturalverpflichteten vom ursprünglichen Berechtigten auszuübende Erfüllungszwang in demselben Umfange nicht ebensowohl von Anderen sollte ausgeübt werden dürfen⁶⁶).

⁶⁰) Mühlenbr. Cess. §. 253 ff. — — ⁶¹) l. 6 §. 2, l. 8 §. 3, l. 60 D. de fidej. (46. 1), l. 42 pr. D. de jurej. (12. 2), l. 50 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 13 pr. D. de conduct. ind. (12. 6), l. 7 §. 1 D. de exc. (44. 1). — Theophil. III, 21 §. 4. — l. 95 §. 3 D. de solut. (46. 3). — Mühlenbr. Cess. §. 443 ff. — — ⁶²) l. 1 §. 7 D. de pec. const. (13. 5) cf. l. 18 §. 1 D. eod. — — ⁶³) l. 5 pr. l. 14 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 13 pr. D. de conduct. ind. (12. 6), l. 11 §. 3 D. de pign. act. (13. 7), l. 59 D. ad ScT. Trebell. (36. 1), l. 2 C. de fiscal. usur. (10. 8), l. 101 §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 22 C. de usur. (4. 32), l. 2 C. de luit. pign. (8. 31), l. 30 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 27 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 C. de praescr. 30 ann. (7. 39). — — ⁶⁴) l. 19 §. 9 D. de captiv. (49. 15). — §. 30 not. 17. l. 13 D. de distr. pign. (20. 5). — §. 23. — — ⁶⁵) l. 7 C. de her. vel. act. (4. 39). — §. 24. — l. 12 D. de div. temp. praescr. (44. 3), l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 12 §. 12. 13 D. de captiv. (49. 15), l. 1 C. si antiq. cred. (8. 20), l. 2, l. 3, l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — §. §§. 23, 30, 35. — — ⁶⁶) cf. Mühlenbr. Cess. §. 39 §. 442.

IV. Die Zahlung, mag sie vom Schuldner selbst oder für denselben von einem Anderen ausgehen⁶⁷⁾, tilgt die Forderung ipso jure. Unmöglich kann also eine durch Zahlung getilgte Forderung gerichtlich geltend gemacht und eine gerichtlich nicht geltend zu machende Forderung zur gerichtlichen Geltendmachung einem Anderen gültig überwiesen werden. Das nach Bezahlung der Forderung ertheilte *mandatum agendi* ist vielmehr nichtig, weshalb eine Basilikenscholie mit gutem Grunde die vor der Zahlung geschehene Cession als selbstverständliche Voraussetzung für die Möglichkeit des Klagüberganges aufstellt⁶⁸⁾.

Dieselbe Regel muß bei *principalen* und *accessorischen Correal-* und *Solidarobligationen* gelten, sofern die Zahlung der einen Obligation die Tilgung aller Obligationen zur Folge hat, auch wirklich zum Zweck der Schuldtilgung geleistet und nicht bloß den voraus entrichteten Kaufpreis für den erwarteten Klagauftrag zu den dem Gläubiger gegen die anderen Correal- oder Solidarschuldner zustehenden Forderungen zu bilden bestimmt ist⁶⁹⁾. Der Kaiser Gordian macht daher die Befähigung des Bürgen, als Cessionar des bezahlten Gläubigers zu klagen, davon abhängig: *si facta nominis redemptione solutio celebrata sit, vobisque mandatae sunt actiones*⁷⁰⁾.

Alle vorstehenden Sätze werden aber specieller befundet zunächst durch

Modestinus lib. 6 *Responsorum*⁷¹⁾:

Modestinus respondit: si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint: nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit; quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, *mandatum subsecutum est: salvas esse mandatas actiones: cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, perempta videatur.*

Modestin's Responsum ist von Justinian in den Titel: „de solutionibus“ aufgenommen, weil es auf der überall anwendbaren

⁶⁷⁾ S. §. 38 not. 5. — — ⁶⁸⁾ Schel. 3 zu Basil. XXVI, 1 c. 2 (Heimb. III, p. 52): *εἰ μήπου εἰς χρέος καὶ δικαίωμα τοῦ πρώτου δανειστοῦ ἀνέχθης παρ' αὐτοῦ δηλαδὴ καὶ πρὸ τοῦ καταβληθῆναι αὐτῷ τὰ πρὸς χρέηματα* — nisi debitum et jus primi creditoris in te translatum sit, antequam pecuniam tuam ei numerares. — — ⁶⁹⁾ l. 30 §. 3 D. de pecul. (15. 1), l. 76 D. de solut. (46. 3), l. 10 pr. l. 17, l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 5 pr. D. de censib. (50. 15), l. 21 D. de tut. (27. 3) cf. l. 5 §. 1 D. praescr. verb. (19. 5): Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio venditio est. — — ⁷⁰⁾ l. 14 C. de fidej. (8. 41). S. §. 4. — — ⁷¹⁾ l. 76 D. de solut. (46. 3) — cf. Cujac. ad h. l. (opp. IV, p. 664).

Regel beruht, daß durch die zum Zweck der Schuldbtilgung geleistete Zahlung die Forderung zur Cession untauglich und die desungeachtet erteilte Cession nichtig wird (*nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit*). Wer dieses bezweifelt, den dürfte man nur auf den Inhalt der Basiliken verweisen, welche die Stelle dahin wieder-
geben ⁷²⁾:

Ἐὰν μετὰ τὴν καταβολὴν τῶν χρεωστούμενων μοι ἐκχωρήσω σοι τὰς ἀγωγὰς, ἀνίσχυρός ἐστιν ἡ ἐκχώρησις· ἐὰν δὲ πρὸ τῆς καταβολῆς ἐξεχώρησα ἢ ἐπὶ τῷ ἐκχωρηθῆναι κατέβαλες, καὶ μετὰ τὴν καταβολὴν γινομένη ἐκχώρησις ἰσχύει.

Die Basiliken übergehen die Erwähnung der *causa tutelae* gänzlich und sprechen einfach den Satz aus, die Zahlung mache jede spätere Cession ungültig, wenn sie nicht als Vorleistung für die demnächstige Gegenleistung der Cession entrichtet worden sei.

Modestinus deutet aber durch die Erwähnung der *causa tutelae* zugleich auf die Möglichkeit hin, daß die Zahlung dem Pupillen von Einem unter mehreren solidarisch verpflichteten Vormündern sei geleistet worden. Unter dieser Voraussetzung würde die Zahlung des Einen auch alle übrigen Solidarschuldner befreit ⁷³⁾, mithin, wie überhaupt, so auch an den zahlenden Vormund die Cession der dem Pupillen gegen die übrigen Vormünder zustehenden Klagen unthunlich gemacht haben. Um diesen Erfolg abzuwenden, müssen sowohl auf dem allgemeinen Standpunkte der Basiliken, als auf dem besonderen Standpunkte Modestinus' die Umstände gestatten, die Zahlung und die Cession zu Einem Geschäfte zu verbinden, oder — nach Modestinus' Ausdrucke — die Zahlung unter den Gesichtspunkt eines für die zu cedirende Forderung gegebenen Preises zu ziehen, dessen Entrichtung gegen den Empfänger eine *actio emti* ⁷⁴⁾ oder in *factum praescriptis verbis* ⁷⁵⁾ auf Cession und eine *condictio causa data, causa non secuta* auf Rückgabe des Empfangenen begründen würde.

Als Preis für die Cession und nicht als Schuldbtilgung ist aber die Zahlung unter folgenden Bedingungen aufzufassen:

⁷²⁾ Basil. XXVI, 5 c. 76 (Heimb. III, p. 124): *Si post solutionem eorum, quae mihi debentur, actiones tibi cessero, inutilis cessio est. Si vero ante solutionem cessero, vel ut cederentur (actiones), solveris, cessio quoque, quae post solutionem fit, valet.* — — ⁷³⁾ l. 15, l. 21 D. de tut. (27. 3), l. 25 D. de adm. et per. (26. 7). — — ⁷⁴⁾ l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58). S. not. 77. l. 10 pr. D. de fidej. (46. 1). — — ⁷⁵⁾ l. 9 D. praescr. verb. (19. 5).

a. wenn die Cession vor, bei oder unmittelbar nach der Zahlung ertheilt worden ist, ohne weitere Uebereinkunft (*sine ullo pacto*);

b. wenn die Cession der Zahlung erst nach einiger Zeit (*post aliquod intervallum*) gefolgt ist, nur auf Grund der vor oder bei der Zahlung getroffenen Uebereinkunft, daß das *mandatum agendi* später ertheilt werden solle (*cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset*)⁷⁶).

Daß diese Uebereinkunft ausdrücklich verabredet sein müsse, folgt weder aus der Natur der Sache, noch aus irgend einer positiven Bestimmung; sie kann also auch stillschweigend getroffen werden, zumal nach *Modestin ullum pactum* ausreicht und die *Vasiliſen* nicht mehr verlangen, als daß sich überhaupt erkennen lasse, die Zahlung sei geleistet nicht um die Schuld zu tilgen, sondern um die Cession der Forderung zu veranlassen.

Wann eine stillschweigende Uebereinkunft der Art anzunehmen sei, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen, wird aber auch wenigstens bei Bezahlung fremder Schulden in den Rechtsbüchern näher angedeutet durch die Unterscheidung, ob freiwillig oder gezwungen gezahlt werden sei. Dort soll es näher liegen, die Handlung aus der Absicht einer für den Schuldner zu übernehmenden Geschäftsführung als Schuldtilgung zu erklären; hier soll vermuthet werden, der Zahlende habe vorgezogen, unbeschadet der eignen Befreiung die Forderung des Gläubigers zu kaufen und durch den Kauf der fremden Forderung sein eignes Geschäft wahrzunehmen.

Daß Derjenige, welcher freiwillig eine fremde Schuld bezahlt, im Zweifel als des Schuldners Geschäftsführer anzusehen sei, der zum Zweck der Schuldtilgung, nicht zum Zweck des Forderungserwerbes Geld gegeben habe, besagt namentlich folgendes Rescript:

Impp. Severus et Antoninus A. A. Straton⁷⁷).

Si pro contutore judicato pecuniam solvisti: nullum iudicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti, in rem suam procurator datus heredes judicati poteris convenire. — P. P. 7. calend. Mart. Fabiano et Mutiano Coss. — 204.

Wenn von zwei Vormündern der Eine dem Pupillen auf das Ganze verurtheilt ist, der Andere aber für denselben zahlt, so muß

⁷⁶) cf. Basil. XXXVIII, 18 c. 1 (Heimb. III, p. 784): *καὶ μὴ ἀπαρτήσας ἐν καιρῷ καταβολῆς ἐχχωρηθῆναι αὐτῷ τὰς ἀγωγάς* — nec tempore solutionis cedi sibi actiones petiit. — ⁷⁷) l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58) — Basil. XXXVIII, 18 c. 1 mit *Ἐσφ.* 1 u. 2 — *Ἐσφ.* 1 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 30 und *Ἐσφ.* 17 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 10–13 (Heimb. III, p. 784 sq., 725 u. 714).

der Verurtheilte wegen einer durch ausschließliches Handeln begangenen Verschuldung in Anspruch genommen sein. Sonst würde er die Verantwortlichkeit entweder ganz durch die *exceptio excussionis*⁷⁸⁾, oder doch theilweise durch die *exceptio divisionis*⁷⁹⁾ auf den zahlungsfähigen Mitvormund abzulenkten im Stande gewesen sein und gewiß auch abzulenkten nicht verfehlt haben. Es ist deshalb voranzusetzen, der zahlende Mitvormund sei wegen Verschuldung im Laffen nur aus-
hülfsweise verhaftet gewesen, so daß er seinerseits, wenn er vom Pupillen verklagt worden wäre, die ganze Verantwortlichkeit durch die *exceptio excussionis* auf den vorzugsweise schuldigen und ebendaher allein verurtheilten Vormund abzuwälzen vermocht hätte⁸⁰⁾. Zahlt der aus diesem Grunde nicht belangte Vormund desungeachtet für den auf das Ganze verurtheilten Mitvormund, so handelt er un-
streitig aus vollständig freiem Antriebe. Daher ist seine Zahlung zurückzuführen auf die Absicht, für den verurtheilten Vormund, nicht für sich selbst ein Geschäft zu besorgen, mit anderen Worten, auf die Absicht, weder die Judicatsforderung des Pupillen zu erwerben, noch direct seine eigne subsidiäre, allerdings durch die *litiscontestatio* und *res judicata* des Mitvormunds nicht aufgehobene⁸¹⁾ Solidarschuld aus der Tutel mit indirectem Einfluß auf die Judicatschuld des Mitvormunds zu erfüllen, sondern direct die Judicatschuld des Mit-
vormunds mit indirectem Einfluß auf seine eigne Solidarschuld zu tilgen.

Die auf diese Weise der geleisteten Zahlung zuzuschreibende Wirkung, den verurtheilten Mitvormund von der Judicatschuld befreit zu haben, macht es dem Vormunde unmöglich, mit irgend welcher Hoffnung auf Erfolg gegen den Pupillen auf Abtretung der Judicatsforderung (*ut delegetur tibi adversus liberatum actio*)⁸²⁾ die *actio tutelae contraria* anzustellen⁸³⁾, obgleich diese Klage an sich wohl geeignet ist, die Abtretung einer Forderung, namentlich in dem Falle zu erzwingen, wenn der Vormund, weil er bei Eintreibung der Forderung fahrlässig gewesen, deren Werth dem Pupillen vergütet hat⁸⁴⁾; denn durch eine solche im eignen Namen geleistete Vergütung hat

78) *§. 37 not. 4.* — — 79) *§. 37 not. 5.* — — 80) *§. 37 not. 4.* — — 81) *l. 18 §. 1 D. de admin. et per. (26. 7), l. 1 §. 18, l. 15 D. de tut. (27. 3), l. 1 §. 43 D. depos. (16. 3), l. 42 D. de adm. et per. (26. 7), l. 3 C. de div. tut. (5. 52).* — — 82) *cf. Basil. XXXVIII, 18 c. 1 (Heimb. III, p. 784): ἐκχωρησιν ἀπαραιτων — cessionem postulans —* *Εφολ. 17 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 10—13 (Heimb. III, p. 714): ἐνά-
γην οὐ δύναται εἰς τὸ ἐκχωρηθῆναι τὰς ἀγωγὰς — agere non posse,*
ut sibi cedantur actiones. — — 83) *cf. Basil. l. 1: οὐ καλῶς κινεῖ
τὴν κατὰ τῆς ἐπιτροπῆς ἀγωγὴν κατὰ τοῦ ἀνίβου — non recte agit
contraria tutelae adversus pupillum.* — — 84) *l. 95 §. 10 D. de solut
(46. 3), l. 39 §. 14 D. de adm. et per. (26. 7).*

der Vormund nur seine Verbindlichkeit aus der Tutel getilgt, mithin die fremde Verbindlichkeit, sofern sie zur Tutelschuld des Vormunds nicht etwa im Verhältniß einer Correal- oder Solidarschuld stehen sollte, ungetilgt gelassen und der entsprechenden Forderung des Pupillen die Abtretungsfähigkeit bewahrt⁸⁵), während die im Namen des verurtheilten Mitvormunds vom Vormunde geleistete Zahlung umgekehrt die Judicatsforderung des Pupillen aufgehoben und zur Abtretung untauglich gemacht hat.

In der That ist es also unerläßlich, daß der für den verurtheilten Mitvormund zahlende Vormund vor oder bei der Zahlung einen nur durch freiwillige Uebereinkunft beider Theile zu Stande zu bringenden Kaufcontract über die Judicatsforderung abgeschlossen habe (*quod si nomen emisti*)⁸⁶), um nach der Zahlung ein Klagrecht gegen den Pupillen (*actio emti*) auf Abtretung, und auf Grund der vom (gewesenen) Pupillen — mit Zustimmung des Curators — erlangten Abtretung (*in rem suam procurator datus*)⁸⁷) ein Klagrecht gegen den verurtheilten Mitvormund oder dessen Erben (*actio judicati*) auf Zahlung der Judicatssumme geltend machen zu können. Sonst bleibt dem Vormunde nur übrig, den durch die Zahlung direct befreiten Mitvormund mit der *actio negotiorum gestorum contraria* auf Ersatz der ausgelegten Gelder zu belangen⁸⁸).

Gordian bestätigt demnach, daß der freiwillig geschehenen Zahlung einer fremden Schuld der Zweck des Forderungserwerbs nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann.

Im Gegensatz dazu bekunden nachstehende Pandectenbruchstücke, daß mit der gezwungenen Zahlung einer fremden Schuld im Zweifel die Absicht des Forderungserwerbs als verbunden zu denken sei.

1. Paulus lib. 14 ad Plautium⁸⁹):

Cum is, qui et reum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est; non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris ven-

⁸⁵) cf. l. 25 D. de adm. et per. (26. 7), l. 20 §. 1 D. de tut. (27. 3), l. 28 D. mand. (17. 1). — — ⁸⁶) Basil. l. 1.: *εἰ μὲντοι ἐκ καιρῷ καταβολῆς ἡγόρασε τὴν κατὰ τῶν συνεπιτρόπων ἀγωγὴν* — si tamen solutionis tempore emit actionem adversus contutores. — *Ἐφολ.* 1 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 30 (Heimb. III, p. 725): *εἰ μὴ ἄρα ὡς ἀγοράζων τὸ χρεὸς κατέβαλεν* — nisi quasi emtor nominis solverit. — *Ἐφολ.* 17 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 10–13 (Heimb. III, p. 714). — — ⁸⁷) Vergl. §. 2 not. 30. — — ⁸⁸) *Ἐφολ.* 2 zu Basil. XXXVIII, 18 c. 1 (Heimb. III, p. 785) cf. l. 30 D. de neg. gest. (3. 5). — — ⁸⁹) l. 36 D. de fidej. (46. 1).

Ungünstigkeit des *mandatum agendi in rem suam*. 65
didit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut
praestet actiones⁹⁰⁾.

2. Papinianus lib. 19 Responsorum⁹¹⁾.

Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum
jure conveniretur, adversus caeteros, quorum aequae praedia
tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco praestantur:
scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi con-
ferant: nec inutiliter actiones praestantur, tametsi
fiscus pecuniam suam recipiaverit, quia nominum
venditorum pretium acceptum videtur.

Nach Paulus soll der Gläubiger, welcher Hauptschuldner und
Bürgen hat, auch dann noch, nachdem ihm von Einem der Bürgen
Zahlung geleistet worden ist, seine Klagen cediren dürfen. Der Grund
dafür wird darein gesetzt, daß man zwar unter anderen Umständen
sagen könnte, nachdem der Gläubiger ohne Weiteres das Seinige
empfangen habe, seien alle Haupt- und Nebenschuldner befreit, mithin
cessionstaugliche Klagen nicht mehr vorhanden; daß aber im vorlie-
genden Falle dieser Gesichtspunkt nicht zutrefte, vielmehr der Zahlung
statt Zweck und Wirkung der Schuldtilgung, Zweck und Wirkung
eines für den Erwerb der Forderung entrichteten Kaufgelds beizu-
messen sei, weil bei der gegenseitigen Verpflichtung des Bürgen zur
Zahlung und des Gläubigers zur Klagencession⁹²⁾ angenommen wer-
den dürfe, es habe sowohl auf der einen Seite der Bürge bei der
Zahlung nicht den unvortheilhafteren Erfolg der Befreiung des Haupt-
schuldners, sondern das vortheilhaftere Ziel des Forderungsankaufs
im Auge gehabt, als auch auf der anderen Seite der Gläubiger in
dem Bewußtsein, Forderungen cediren, mithin auf Erhaltung dersel-
ben bedacht sein zu müssen, das Geld nicht als die Erfüllung der be-
stehenden Verbindlichkeit, sondern als den Preis der bevorstehenden
Forderungsüberweisung in Empfang genommen.

Daß der Bürge vor oder bei der Zahlung die Cession ausdrück-
lich bedungen habe — wie Mühlenbruch⁹³⁾ scheint hinzudenken zu
wollen —, davon enthalten des Paulus Worte nicht die leiseste An-
deutung. Es muß also aus den dazu auch vollkommen geeigneten
Umständen eine stillschweigende Uebereinkunft gefolgert werden.

Papinian's Bruchstück soll nach der Meinung der meisten
Ausleger⁹⁴⁾ auf ein singulaires Privilegium des Fiscus sich beziehen.

⁹⁰⁾ cf. l. 17 pr. D. mand. (17. 1), l. 80 pr. D. de furt. (47. 2). — —
⁹¹⁾ l. 5 pr. D. de censib. (50. 15) cf. Schol. 1 fin. zu Basil. XI, 1 c. 42
(Heimb. I, p. 629). — — ⁹²⁾ l. 17 D. de fidej. (46. 1), l. 11 C. eod. (8. 41),
nov. 4 c. 1. — — ⁹³⁾ Cession §. 446 f. — — ⁹⁴⁾ Cujac. ad h. l. (opp. IV,
p. 1419). — Mühlenbruch Cession §. 476 und §. 446 not. 473 a. §.

Meines Bedünkens enthält dasselbe aber nur eine Anwendung der in Frage stehenden gemeinrechtlichen Grundsätze.

Nach der römischen Steuerverfassung war der Boden in Steuerhufen (*capita* oder *juga*) anfangs von je 100 Morgen (*jugera*), später von je 1000 aurei *solidi* an Bonitätswertb eingetheilt und jedes einzelne zur Steuerhufe gehörige Grundstück für die von der Hufe zu zahlende Steuereinheit im Ganzen verhaftet⁹⁵⁾, so daß die Steuererheber sich ihr Geschäft erleichtern konnten, wenn sie irgend ein zahlungsfähiges Mitglied des *caput* oder *jugum* (*conjugalis*) herausgriffen und durch Anstellung der *hypothecaria actio* (*praedia tenentur*) zur Bezahlung des auf die ganze Hufe fallenden Steuerbetrags nöthigten⁹⁶⁾. Zu dem Ende war das gesetzliche Pfandrecht wegen der Grundsteuern von den dem gesetzlichen Pfandrechte des *Fiscus* sonst anflebenden Beschränkungen⁹⁷⁾ befreit. Es brauchte weder die Insolvenz des persönlichen Schuldners nachgewiesen, noch jeder Besitzer nur nach Verhältniß des von ihm besessenen Pfandtheils in Anspruch genommen zu werden⁹⁸⁾.

Papinian, welcher gerade davon ausgeht, daß zur Erleichterung des Geschäfts (*expediendi negotii causa*) Einer unter mehreren gleich verhafteten Grundbesitzern (*quorum aequae praedia tenentur*) auf das Ganze der schuldigen Abgaben belangt ist, giebt dem Belangten das Recht, die Cession der gegen die übrigen mitverpflichteten Besitzer zuständigen Klagen zu verlangen, behandelt also den eklagten einfach als *justus possessor*⁹⁹⁾ und folgt auch darin dem gemeinen Rechte, daß die Klagen nicht in *solidum* abgetreten werden sollen, sondern nach Abzug des vom Cessionar für sich selbst geschuldeten Anthells nur zu demjenigen Betrage, den die übrigen Besitzer ein Jeder nach Maßgabe der Größe oder Werthszquote seiner Besitzungen zu der von der ganzen Steuerhufe aufzubringenden Steuer-

⁹⁵⁾ Eine übersichtliche Darstellung der betreffenden Verhältnisse liefert Vocte in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft Bd. 15, besonders S. 679 ff. S. 703. — Vergl. auch l. 5 C. de omni agro deserto (11. 58) — eum *municipes* gravatura sit pars relicta. — l. 10 C. eod. — ex eadem substantia, d. h. aus derselben Steuerhufe. — Pagenstecher Lehre vom Eigenthum II, S. 78 ff. — — ⁹⁶⁾ l. 42 D. de pact. (2. 14). Basil. XI, 1 c. 42 mit Schol. (Heimb. I, p. 628). — l. 7 pr. D. de public. (39. 4) in Verbindung mit l. 19 D. de jure fisci (49. 14). — l. 2, l. 3 C. de annon. et trib. (10. 16), l. 13 §. 16 D. de act. E. V. (19. 1). — — ⁹⁷⁾ l. 47 D. de jur. fisci (49. 14), l. 1 C. de conv. fisci debit. (10. 2). — — ⁹⁸⁾ l. 5 §. 3 D. de censib. (50. 15). — — ⁹⁹⁾ l. 19 D. qui potior. (20. 4). S. §. 28 not. 2.

summe beizutragen haben¹⁰⁰). Dürfte es nun nicht ebenso wohl gemei-
nes Recht sein, daß die Cession auch nach der vom Beklagten geleis-
teten Zahlung an denselben gültig zu vollziehen sein soll, weil die
Zahlung nicht sowohl zur Tilgung der fremden Steuerschulden, als
zum Ankauf der gegen die Mitschuldner zu erhebenden Forderungen
gemacht zu sein scheine? — Ohne Zweifel berücksichtigt Papinian,
daß der Grundbesitzer fremde Schulden zu decken genöthigt und der
Fiscus gegen Empfang der Deckung seine Klagen zu cediren ver-
pflichtet gewesen ist, und daß aus diesen Gründen der Grundbesitzer
gleich dem Fiscus für die Erhaltung der zu cedirenden Klagen ge-
sorgt und der ohne Vorbehalt geleisteten Zahlung stillschweigend eher
den Zweck des Forderungserwerbs, als den Zweck der Schuldtilgung
beigelegt haben wird. Oder sollte wohl nach der ohne Vorbehalt
geleisteten Zahlung der Fiscus dem Pfandbesitzer gegenüber aus an-
deren Ursachen zur Klagencession befähigt geblieben sein, als der von
Paulus erwähnte Gläubiger dem Bürgen gegenüber? Die Um-
stände sind offenbar in beiden Fällen gleich geschickt, um daraus eine
stillschweigende Uebereinkunft der Parteien über die der Zahlung zu
entziehende Wirkung der Schuldtilgung zum Behuf der nachzuholenden
Cession abzuleiten. Auf keinen Fall aber ist daraus eine Widerlegung
oder Beschränkung der Regel zu folgern, daß es unmöglich sei, For-
derungen, welche durch Zahlung wirklich getilgt sind, gültig zu cediren.

V. Das von einem Sklaven, selbst hinsichtlich einer Peculiar-
forderung¹⁰¹), wie das an einen Sklaven ertheilte *mandatum*
agendi ist ungültig, weil ein Sklav keine eigene *actio* haben
und keine fremde *actio* gerichtlich betreiben kann¹⁰²). Verleiht des-
halb ein Miteigenthümer dem gemeinschaftlichen Sklaven ein Pec-
ulium, welches in Forderungen besteht, so geht nicht bloß auf den an-
deren Miteigenthümer nichts über, sondern der Sklav selbst erhält
nicht einmal ein Peculium, bevor die Forderungen eingezogen sind¹⁰³);

¹⁰⁰) I. 38 §. 2 D. de adm. et per. (26. 7), I. 21 D. de tut. (27. 3),
worin non damnati tutoris zu lesen; cf. Schol. 1 zu Basil. XXXVIII,
3 c. 21 (Heimb. III, p. 722), I. 30 §. 3 D. de pecul. (15. 1), I. 18 §. 5 D.
fam. herc. (10. 2), I. 38 pr. D. de condict. ind. (12. 6). — Jahrb. II,
S. 36. — I. 3, I. 4 D. de effus. et deject. (9. 3). — C. §. 37. —
¹⁰¹) I. 33 pr. §. 1 D. de procur. (3. 3), I. 44 §. 1 D. de judic. (5. 1). —
— ¹⁰²) I. 107 D. de reg. jur. (50. 17), I. 6, I. 7 C. de judic. (3. 1). Schol.
2 zu Basil. XXII, 5 c. 20 (Heimb. II, p. 547). Schol. 88 zu Basil. XVIII,
5 c. 16 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 217). — — ¹⁰³) I. 16 fin. D. de
pecul. (15. 1) Julianus lib. 12 Digestor.: Vel si omni quidem modo
concesserit dominus, sed in nominibus erat concessio. — Daß erat statt
erit zu lesen, bezeugt Schol. 233 zu Basil. XVIII, 3 c. 53 in Uebereinstim-
mung mit Schol. 85 zu Basil. XVIII, 5 c. 16 (supplem. ed. Zach. de

denn obgleich Forderungen im Peculium sein können¹⁰⁴), so bedarf doch das Peculium zu seiner Entstehung außer der concessio auch der separatio ex re domini patrisve¹⁰⁵); eine solche separatio hinsichtlich der dem Herrn zustehenden Forderungen ist aber nicht möglich, weil — wie die Basilikenscholie sehr richtig hinzufügt¹⁰⁶ — eine Klage, welche einer Person einmal zusteht, ohne Cession einer anderen Person nicht übertragen werden kann, und die Cession an den Sklaven zu den Undenkbarkheiten gehört.

VI. Der Haussohn ist zwar im Allgemeinen befähigt, ein mandatum agendi zu übernehmen und auszuführen¹⁰⁷); allein der Auftrag, eine Klage gegen den Vater zu richten, ist dessungeachtet ungültig, weil zwischen Vater und Sohn kein Rechtsstreit möglich ist¹⁰⁸), mag das Hinderniß in einer zwischen beiden anzunehmenden Personeneinheit oder in der Vermögenslosigkeit des Hausfindes zu suchen sein. Pomponius im 15. Buche zum Sabinus sagt daher nicht ohne Grund¹⁰⁹):

Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius.

Die Verneinung der Möglichkeit, actiones zu prästiren, enthält die Verneinung derjenigen Voraussetzung, ohne welche weder ein directe agere alieno nomine, noch ein utiliter agere suo nomine denkbar ist. Es wird also nicht etwa die dem Sohne abgetretene Forderung gleich anderen Vermögensrechten augenblicklich dem Vater erworben und durch Confusion getilgt, sondern die versuchte Abtretung der Klage bleibt ohne allen Erfolg. Der Cedent ist nach wie vor zur Geltendmachung der Klage in gleicher Maße berechtigt, wie der Miteigenthümer, welcher dem gemeinsamen Sklaven Forderungen zum Peculium gab¹¹⁰).

Auch die Meinung, daß aus den für die Unstatthaftigkeit der Cession angeführten Gründen nichts weiter folge, als daß der Cessionar

Lingeth. p. 234. 217). — l. 39 pr. D. de jure dot. (23. 3) — rebus corporalibus cf. Schef. 3 zu Basil. XXIX, 1 c. 35 (Heimb. III, p. 374 sq.). — Eine unrichtige Erklärung der l. 16 D. cit. bei Mühlenbruch Cess. §. 42 S. 455. — ¹⁰⁴) l. 52 §. 26 D. de furt. (47. 2), l. 53 D. de pecul. (15. 1), l. 28 §. 1 D. de pign. act. (13. 7), l. 33 pr. D. de proc. (3. 3), fr. Vat. §. 260. — l. 8 §. 5 D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ¹⁰⁵) l. 4 pr. §. 1, l. 5 §. 4, l. 8, l. 39 D. de pecul. (15. 1). — — ¹⁰⁶) Schef. 233 zu Basil. XVIII, 5 c. 53 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 234). Vgl. §. 1 not. 3. — — ¹⁰⁷) l. 8 pr. fin. D. de procur. (3. 3), l. 61 D. mand. (17. 1), l. 6 §. 3 D. quod ej. univ. nom. (3. 4). — — ¹⁰⁸) l. 4, l. 11 D. de judic. (5. 1), l. 16 D. de furt. (47. 2), l. 7 §. 3 D. de injur. (47. 10). — Gaj. IV, 78. — Theophil. IV, 6 §. 12. — — ¹⁰⁹) l. 7 D. de O. et A. (44. 7) cf. Basil. LII, 1 c. 7 (Heimb. V, p. 105). — — ¹¹⁰) S. §. 9 not. 103.

während der Dauer der väterlichen Gewalt keine Klage habe¹¹¹⁾, ist nicht haltbar, weil die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts nach den bei der Eingehung desselben obwaltenden Verhältnissen bemessen wird¹¹²⁾ und das *mandatum agendi* an den Haussohn zu dieser Zeit auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet, folglich ungültig war.

Richtig ist dagegen, daß derselbe Grund, welcher der Cession einer Forderung gegen den Vater an den Haussohn entgegensteht, auch umgekehrt die Cession einer Forderung gegen den Haussohn an den Vater sowie die Cession einer Forderung gegen das eine Hauskind an ein anderes Hauskind derselben Familie verhindert¹¹³⁾, und daß bei Forderungen, welche activ oder passiv zum *peculium castrense* oder quasi *castrense* gehören, eine Ausnahme stattfindet, weil insofern zwischen Vater und Sohn ein Rechtsstreit zulässig¹¹⁴⁾ und eben deshalb das dem Einen gegen den Anderen erteilte *mandatum agendi* gültig ist¹¹⁵⁾.

Das heutige Recht gestattet Prozesse zwischen dem Hausvater und dem Kinde, oder zwischen mehreren Hauskindern¹¹⁶⁾, wie es klagbare Verträge unter denselben Personen gestattet¹¹⁷⁾. Folgeweise muß nach heutigem Rechte auch die Cession von Forderungen gegen eine dieser Personen an eine andere derselben vollkommen gültig sein.

Sechstes Kapitel.

Unanwendbarkeit des *mandatum agendi in rem suam* bei Forderungsübertragungen zu Pfand und zu Nießbrauch.

Allgemeines. Das *mandatum agendi in rem suam* bez. §. 10. zweckt und bewirkt entweder mittelbar durch die *litis contestatio* in dem *direct alieno nomine* angestellten Rechtsstreite, oder unmittelbar durch die *utilis actio suo nomine*, daß das betreffende Klagrecht dem *procurator in rem suam* unbeschränkt als eigenes Recht

¹¹¹⁾ v. Bangerow, *Leitsaden* §. 575 Anm. 2 Nr. 4. — *Rechtsteric.* Bd. 12 S. 8 f. — — ¹¹²⁾ l. 29, l. 144 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17), l. 17 §. 4 D. de pact. (2. 14), l. 78 pr. l. 83 §. 5 D. de V. O. (45. 1), l. 26 D. de stipul. serv. (45. 3), §. 2 J. de inutil. stipul. (3. 20). — — ¹¹³⁾ Wählenbr. *Cess.* §. 33 S. 395 Nr. 2. — — ¹¹⁴⁾ l. 4 D. de judic. (5. 1), l. 2 pr. D. de contr. emt. (18. 1). — — ¹¹⁵⁾ Wählenbr. *Cess.* §. 33 S. 395 f. Nr. 3. — — ¹¹⁶⁾ S. Kraut: die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. II, S. 638. — — ¹¹⁷⁾ S. Kraut a. a. O. S. 633 ff.

übertragen wird. Das *mandatum agendi* ist also nicht anwendbar, wo Klagrechte nicht zu Eigenthum, sondern zu beschränkten Zwecken, insbesondere zu Pfand und zu Nießbrauch veräußert werden sollen. Die Klage des Forderungspfandgläubigers gegen den verpfändeten Schuldner, wie die Klage des Pfosterpfandgläubigers und die dem Sachpfandgläubiger außer der *utilis petitio* sonst noch in pfandrechtlicher Vertretung des Verpfänders zustehenden Klagen werden vielmehr als *utiles actiones*, welche mittelst der hypothekarischen Formel aus dem Rechte des Verpfänders für die Pfandzwecke des Pfandgläubigers zu verfolgen sind, unmittelbar und ausschließlich auf die Pfandübereinkunft oder was derselben gleichsteht, wie testamentarische, obrigkeitliche, gesetzliche Anordnung des Pfandrechts gestützt, und was die Klage des Forderungsnuznießers betrifft, so hat man nur gehörig zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen *ususfructus nominis* und dem uneigentlichen oder *quasi ususfructus nominis*, um nach Analogie des Pfandrechts auch in der Klage des eigentlichen Forderungsnuznießers eine lediglich auf Grund des Nießbrauchs aus dem Rechte des Proprietars zu verfolgende *utilis actio* zu erblicken.

Leider wird aber diese Ansicht keineswegs allgemein getheilt, sondern gerade das Gegentheil von den angesehensten Schriftstellern der Gegenwart gelehrt. Es ist daher unvermeidlich, durch eine tiefere Begründung die erwähnten Klagen des Pfandgläubigers und des Nuznießers auf ihre eigenthümlichen Grundlagen zurückzuführen. Wir würden sonst Gefahr laufen, entweder durch Vermengung der ungleichartigen Klagen des Cessionars, Pfandgläubigers und Nuznießers das rechte Verständniß der betreffenden Lehren fortwährend erschwert und verhindert zu sehen, oder aber die Fälle nützlicher Fingerzeige einzubüßen, welche das richtig erkannte Wesen der einen Klagart für die Erkenntniß und Beurtheilung der anderen darbietet. Daß wir uns bei dieser scheinbaren Abschweifung der thümlichsten Kürze besleißigen werden, versteht sich von selbst. Nichtsdestoweniger erfordern die Klagen des Pfandgläubigers eine weitere Ausholung, weil nicht bloß ihr Zusammenhang mit den allgemeinen Pfandrechtsgrundsätzen nachzuweisen, sondern zum Theil selbst diese Grundsätze erst festzustellen sind; eine Mühe, die indeß nicht bloß hier nützen, sondern auch manche spätere die Cession betreffende Erörterungen wesentlich erleichtern wird.

A. Unanwendbarkeit des *mandatum agendi* bei Forderungsübertragungen zu Pfandrechte.

Einleitung. Die Lehre vom Pfandrechte, wie sie bei allen §. 11. Gegenständen der Verpfändung gleichmäßig zur Anwendung kommt, betrifft drei streng zu unterscheidende Verhältnisse, nämlich

A. den Pfandrealecontract, welcher die persönliche *actio pignoratitia directa* und *contraria* erzeugt;

B. die Pfandübereinkunft, welche die je nach der verschiedenen Natur der verpfändeten Gegenstände bald dingliche, bald persönliche *actio hypothecaria* hervorbringt; und

C. dasjenige *pactum*, welches, wenn es auftritt, stets als Zubehör der Pfandübereinkunft auftritt, und dem Gläubiger gestattet, bei mangelnder Zahlung die verpfändeten Gegenstände zu seiner Befriedigung zu verkaufen.

Die Umrisse des letztgenannten Nebenvertrags sind im *Corpus juris* bestimmt genug gezeichnet, um selten verkannt zu werden. Anders steht es mit dem Pfandrealecontracte und der Pfandübereinkunft, deren ebenso scharfe Grenzen weniger deutlich vor Augen treten und daher von den Neueren häufig in unklarer Weise verwirrt werden, was folgeschwere Irrthümer und Mißverständnisse verursacht. Wir können deshalb nicht umhin, mit einer kurzen Darstellung der eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen eines jeden dieser beiden Pfandrechts-elemente zu beginnen. Auf Vollständigkeit ist es dabei nicht abgesehen; es soll nur dasjenige gegeben werden, was unumgänglich nöthig ist, damit alle kommenden in die Lehre von der Forderung unmittelbar oder mittelbar eingreifenden Pfandrechtsfragen ausreichend beantwortet werden können.

Der Pfandrealecontract. Der Pfandrealecontract, *contractus pignoris*¹⁾, auch *pignus* genannt²⁾, nach Gajus *a pugno quia res, quae pignori datur, manu traditur*³⁾, ist der vielleicht schon den XII Tafeln bekannte⁴⁾ Realcontract⁵⁾, vermöge dessen

1) l. 39 fin. D. de pignor. act. (13. 7), l. 25 D. de pign. et hyp. (20. 1). — 2) l. 45 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 1 §. 4 D. de pact. (2. 14), l. 5 §. 2 D. commod. (13. 6). — 3) l. 238 §. 2 D. de V. S. (50. 16). — 4) l. 238 §. 2 D. de V. S. (50. 16). Gaj. lib. 6 ad leg. XII tabul. — Anderer Meinung ist Liebe in Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. Bd. 15 S. 73. — 5) §. 4 J. quib. mod. re (3. 11), l. 1 §. 6 D. de O. et A. (14. 7).

einem Gläubiger ein Gegenstand übergeben wird, um ihn zur Sicherheit seiner Forderung unter sich zu haben und nach seiner Befriedigung zurückzugeben.

Als Bestandtheile kann man dabei, wie bei jedem Realcontracte⁶⁾, die *conventio*, d. h. die einfache Uebereinkunft oder Willensübereinstimmung, und die *traditio*, d. h. die der *conventio* entsprechende Besitzübergabe unterscheiden. Beide vereint bilden erst den Pfandrealecontract, obgleich die einfache Willensübereinstimmung (*nuda conventio*) — vorausgesetzt, daß es an sonstigen Erfordernissen nicht gebricht⁷⁾ — an sich schon ein Pfandpactum mit der Wirkung der *hypothecaria actio* herstellt, und nur die der Willensübereinstimmung ermangelnde Besitzübergabe jeder rechtlichen Folge entbehrt. Der Anfang des von den Compilatoren an die Spitze des Pandectentitels: *de pignoratitia actione vel contra* gestellten Bruchstücks aus Ulpian's 40. Buche zu Sabinus sagt demgemäß⁸⁾:

Pignus contrahitur non sola⁹⁾ traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. (§. 1). Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes: quia in hoc non consenserint.

Der Pfandrealecontract (*pignus*) soll nicht durch die Besitzübergabe allein (*non sola traditione*) entstehen, sondern des Hinzutritts der Willensübereinstimmung (*conventio*) bedürfen¹⁰⁾, obgleich die bloße Willensübereinstimmung (*nuda conventio*) ohne Besitzübergabe schon ein zur hypothekarischen Klage ausreichendes Pfandrechth (*pignus* in diesem Sinne) begründet. Wenn daher ein solches Pfandrechth (*pignus*) durch bloße Willensübereinstimmung (*nuda conventio*) zu Stande gekommen ist, indem sich die Parteien über die Verpfändung von Gold einigten, welches der Verpfänder als denjenigen Gegenstand vorzeigte, dessen Uebergabe demnächst den Pfandrealecontract begründen sollte, so beantwortet sich die Frage, welche Rechtsfolge eintritt, falls der Verpfänder später statt des verheißenen Goldes Kupfer übergeben hat, selbstverständlich dahin: In Betreff des Goldes ist ein Pfandrechth, als Quelle der *hypothecaria actio*, durch die bloße Uebereinkunft errichtet, aber kein Pfand-

⁶⁾ l. 1 §. 3. 4 D. de pact. (2. 14). — — ⁷⁾ §. 12 not. 111 u. 112. — — ⁸⁾ l. 1 pr. §. 1 D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁹⁾ Nicht solum, wie Büchel (Natur des Pfandr. 1. Aufl. §. 17) schreibt und daher den richtigen Sinn der Stelle verfehlt. — — ¹⁰⁾ l. 13 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1). §. 74 not. 21.

realcontract zu Stande gekommen, weil das Gold nicht übergeben worden ist; in Betreff des Kupfers ist kein Pfandrealcontract zu Stande gekommen, obgleich dasselbe übergeben ist, weil der Uebergabe dieses Gegenstandes die zum Pfandrealcontracte außerdem erforderliche Ueber-einkunft fehlte; an dem Kupfer ist aber eben dieser fehlenden Ueber-einkunft halber auch nicht einmal ein zur hypothecaria actio aus-reichendes Pfandrecht begründet worden. Als ein trotz der Uebergabe des Kupfers nichtiger Pfandrealcontract ist denn auch das Verhält-niß nicht einmal geeignet, für den Gläubiger das Retentionsrecht zu begründen¹¹⁾.

Die der Uebereinkunft nicht ermangelnde Uebergabe, welche für den Geber die actio pignoratitia directa¹²⁾, für den Empfänger die actio pignoratitia contraria erzeugt¹³⁾, beläßt dem Geber das Eigen-thum¹⁴⁾ und den Usucapionsbesitz¹⁵⁾, und überträgt auf den Empfän-ger je nach der verschiedenen Willensmeinung der Contrahenten ent-weder Interdictsbesitz¹⁶⁾ oder bloße Detention, so daß in dem letzteren Falle auch der Interdictsbesitz dem Geber vorbehalten bleibt. Den entschiedensten Beweis des letzten Punktes liefert folgendes Rescript:

Imp. Gordianus A. Juliano¹⁷⁾.

Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothe-
cae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque de-
struendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur.
Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo
quoque nomine pignoratitia actione tenebitur, ut ta-
lem restituat, qualis fuerat tempore obligationis. Creditor
autem necessarios suntus, quos circa res pignoratitias fecit,
exigere non prohibetur. — P. P. 13 Cal. Aug. Gordiano A.
2 et Pompejano Coss. — 242. —

Gordian giebt die pignoratitia actio mit gleichem Erfolge,
mag der Gläubiger die Grundstücke zum pignus oder zur hypo-

¹¹⁾ l. 25 D. de pignor. et hyp. (20. 1). — cf. Dernburg Pfandrecht Iht. 1
€. 236 not. 5. — — ¹²⁾ l. 9 §. 4. 5, l. 11 §. 3. 5. 7, l. 20 §. 2 D. de
pignor. act. (13. 7) cf. l. 9 §. 4, l. 11 §. 6, l. 24 §. 3, l. 28 §. 1, l. 33 D.
eod. l. 1, l. 3, l. 4, l. 7, l. 11 C. eod. (4. 24), §. 4 J. quib. mod. re
(3. 14), l. 15 pr. D. de furt. (47. 2). — — ¹³⁾ l. 1 §. 2, l. 3, l. 8 pr. l. 9
pr. l. 16 §. 1, l. 22 §. 3. 4, l. 31, l. 32 D. de pignor. act. (13. 7), l. 38
D. de evict. (21. 2), l. 54 D. de fidejuss. (46. 1), l. 61 §. 1 D. de furt.
(47. 2). — — ¹⁴⁾ l. 35 §. 1 D. de pign. act. (13. 7). — — ¹⁵⁾ l. 13 pr.
l. 16, l. 33 §. 4 D. de usurpat. (41. 3), l. 1 §. 15, l. 36 D. de possess.
(41. 2). — — ¹⁶⁾ l. 16 D. de usurpat. (41. 3), l. 40 pr. D. de possess.
(41. 2), l. 15 §. 2 D. qui satisfacere cog. (2. 8), l. 35 §. 1 D. de pign. act.
(13. 7), l. 3 §. 15 D. ad exhib. (10. 4). — — ¹⁷⁾ l. 7 C. de pign. act.
(4. 24).

theca erhalten haben¹⁸⁾. Ist es nun richtig, daß die *pignoratitia actio* den Abschluß eines Realcontractes voraussetzt¹⁹⁾, und die Hypothek unter keinen Umständen juristischen Besitz auf den Gläubiger überträgt, so muß der Hypothekgläubiger in Folge einer Uebergabe, welche ihm bloß Detention gewährte, der *actio pignoratitia directa* unterworfen und zu der *actio pignoratitia contraria* berechtigt werden sein.

In der That verschafft aber die Hypothek dem Gläubiger unter keinen Umständen juristischen Besitz; denn die Regel²⁰⁾:

proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit (scil. possessio); hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem;

gilt auch für den Fall, wenn die zur Hypothek bestellte Sache dem Gläubiger übergeben wird²¹⁾. Justin charakterisirt den *creditorem hypothecam tenentem* ausdrücklich²²⁾:

utpote imaginem debitoris obtinentem eique possidentem,

und die Pandektenschriftsteller bestätigen diesen Ausspruch theils direct, indem sie den *creditor possidens* und den *creditor tenens* unterscheiden²³⁾, theils indirect, indem sie die durch juristischen Besitz des Pfandgläubigers bedingten²⁴⁾ Rechtsverhältnisse einer Verpachtung oder bittweisen Ueberlassung des Pfandes an den Verpfänder mit unverkennbarer Besessenheit auf das *pignus* beschränken²⁵⁾. Ueberdies entscheidet Marcianus in den Worten²⁶⁾:

¹⁸⁾ Ebenso der Kaiser Alexander in l. 4 C. cod. (4. 24). — *Pactum vulgare, quod proposuistis: Ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data, vendere liceret: non adimit debitori adversus creditorem pignoratitiam actionem.* 224. — Ueber die Veranlassung dieses Manuscripts s. Dernburg Pfandrecht I. §. 88 not. 8.; ferner l. 32 pr. D. de negot. gest. (3. 5). —

¹⁹⁾ Aus völlig unzureichenden Gründen vertheidigt Dernburg a. a. O. §. 140 f. §. 168 mit den daselbst §. 140 not. 12 citirten Rechtslehrern das Gegentheil. —

²⁰⁾ l. 9 §. 2 D. de pign. act. (13. 7) cf. Isidor. orig. V, 25. — ²¹⁾ l. 13 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1): *sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit.* —

²²⁾ l. 7 §. 2 C. de praescr. 30 ann. (7. 39). — ²³⁾ l. 19 §. 6 D. de furt. (47. 2) cf. l. 66 pr. D. cod. — ²⁴⁾ l. 6 §. 2 D. de precar. (43. 26), l. 25 §. 1 D. de possess. (41. 2), l. 37 D. de pignor. act. (13. 7), l. 77 D. de reiv. (6. 1). — v. Savigny Besitz §. 23. 25. —

²⁵⁾ l. 22 §. 3, l. 29, l. 35 §. 1, l. 37 D. de pignor. act. (13. 7), l. 6 §. 4, l. 11 D. de precar. (43. 26), l. 36 D. de possess. (41. 2), l. 33 §. 6 D. de usurpat. (41. 3), l. 15 §. 2 D. qui satisd. cog. (2. 8), l. 16 D. de O. et A. (44. 7). — ²⁶⁾ l. 37 D. de possess. (41. 2).

Res pignoris nomine data et possessione tradita deinde a creditore conducta: convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, in aedibus autem pro inquilino sit: per eos creditor possidere videtur.

folgenden fast immer mißverstandenen Fall:

Es wird eine Sache zum pignus bestellt und nachdem ihr juristischer Besitz dem Gläubiger übergeben ist, vom Gläubiger dem Verpfänder abgepachtet (*a creditore conducta*). Durch diesen Pachtvertrag ist das pignus zur Hypothek geworden, da der Pfandgläubiger durch *constitutum possessorium* den juristischen Besitz dem Verpfänder zurückgegeben und selbst nur die Detention behalten hat²⁷⁾. Hierauf wird nun zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, welcher auf diese Weise statt des ursprünglichen pignus nunmehr eine Hypothek bestellt hat, verabredet, daß der Verpfänder fortan als Pächter den Acker, als Miether aber das Haus inne haben solle; ein Ueberkommen, dessen Ausführung die Hypothek wieder in ein pignus verwandelt, weil *conductio idem praestat, quod si apud creditorem esset: possidet enim hoc casu creditor*²⁸⁾. Das Endergebniß aller dieser Wandlungen des ursprünglichen Rechtsverhältnisses ist also das von Marcian angegebene: *per eos* — nämlich durch den Pächter und Miether — *creditor possidere videtur*.

Diese Erklärung läßt darüber keinen Zweifel, daß das pignus dem Gläubiger juristischen Besitz, die Hypothek aber höchstens Detention verschafft. Es fragt sich nur, ob sie richtig ist, da die meisten Ausleger mit der Glosse die Worte: *a creditore conducta* dahin verstehen, daß der Verpfänder die Pfandsache vom Gläubiger erpachtet habe. Allein erwägt man, daß unsere Gegner genöthigt sind, die sichtlich unterschiedenen Begriffe von pignus und hypotheca zu identificiren und einen doppelten Pleonasmus anzunehmen, erst in dem *pignoris nomine dare* und dem *hypothecam dare*, dann in dem *conducere* und dem *pro colono in agro, in aedibus autem pro inquilino esse*: so wird man die Unhaltbarkeit ihrer Auslegung wohl zugeben und sich unserer Erklärung um so bereitwilliger anschließen, je klarer die ähnliche Entscheidung Ulpian's vor Augen steht²⁹⁾, wonach zwar Pacht und bithweise Detention vereinigt sein kann³⁰⁾, nicht aber Pacht und bithweiser juristischer Besitz, sondern im letzten Falle potius *hoc procedere videtur, quod novissime factum est*³¹⁾.

²⁷⁾ l. 77 D. de reiv. (6. 1), l. 18. pr. D. de possess. (41. 2). — —

²⁸⁾ l. 33 §. 6 D. de usurpat. (41. 3). — — ²⁹⁾ l. 10 pr. §. 2, l. 28 D. de possess. (41. 2). — — ³⁰⁾ l. 10 §. 1 D. de possess. (41. 2) cf. l. 33 §. 6 D. de usurpat. (41. 3). — Schmidt commodat. und precar. §. 66 ff. — —

³¹⁾ l. 10 pr. D. de possess. (41. 2) cf. l. 10 §. 2 fin. l. 28 D. cod.

Der Unterschied des Pfandrealcontracts und der Pfandübereinkunft fällt also mit dem Unterschiede des pignus und der hypotheca nur nach deren ursprünglichen und eigentlichen Bedeutungen zusammen³²⁾, nicht aber nach deren späterem uneigentlichen Gebrauche, wie er in den Rechtsbüchern gewöhnlich ist, indem danach vielmehr pignus und hypotheca sowohl den Inhalt des Pfandrealcontracts, als den Inhalt der Pfandübereinkunft bilden können. Das Unterscheidende zwischen dem Pfandrealcontract und der Pfandübereinkunft beruht allein darauf, daß jener den Uebergang des Pfandbesitzes (und zwar beim pignus des Interdictbesitzes, bei der hypotheca der bloßen Detention) auf den Pfandgläubiger voraussetzt, diese sowohl bei pignus als bei hypotheca auch ohne den Uebergang des Besitzes Gültigkeit hat. Der alleinige, ohne Unterschied allen Klagen aus dem Pfandrealcontracte beigelegte Name: pignoratitia actio erklärt sich geschichtlich daraus, daß zur Herstellung des Pfandrealcontracts ursprünglich allerdings die Uebergabe juristischen Pfandbesitzes erforderlich war und erst später, nachdem das pactum hypothecae mit der hypothekarischen Klage bei den Römern Aufnahme gefunden hatte, auch die Uebergabe natürlichen Pfandbesitzes für ausreichend erachtet wurde.

Für die directa actio wird es beim Pfandrealcontracte, wie beim Depositum und Commodatum³³⁾ zwei verschiedene Formeln gegeben haben, da Ulpian den Pfandgläubiger aus einem einzelnen Pfandrealcontracte pignoratitiis actionibus (directis) unterworfen sein läßt³⁴⁾.

Die eine Formel war in jus concipirt und enthielt eine ausdrückliche Beziehung auf die in Betracht kommende bona fides³⁵⁾, unterließ aber dafür die Bezahlung, Zufriedenstellung oder selbstverschuldete Nichtbezahlung und Nichtzufriedenstellung als Bedingungen ihrer Wirksamkeit namhaft zu machen, so daß man mit ihr auch ohne diese Bedingungen die Rückgabe des Pfandes oder das Interesse fordern konnte, wenn dieses anders der bona fides entsprach³⁶⁾. Ihre Fassung wird etwa dahin gegangen sein:

J. E. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio pro X. H. S. ex mutuo mensam argenteam pignori (oder hypothecae)

³²⁾ §. 7 J. de act. (4. 6), l. 9 §. 2 D. de pign. act. (13. 7), §. 4 J. quib. mod. re contrah. obl. (3. 15), l. 238 §. 2 D. de V. S. (50. 16). — ³³⁾ Gaj. IV, 47. 60. cf. l. 3 §. 1 D. commod. (13. 6), l. 1 §. 16 D. de possess. (16. 3). — Ueber den Unterschied beider Formeln vergl. Liebe in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 15 S. 86 ff. — ³⁴⁾ l. 13 pr. D. de pignor. act. (13) — Ueber deren sensliche Erklärung s. §. 46. — ³⁵⁾ §. 28 J. de act. (4. 6), l. 6 C. de pignor. act. (4. 24), l. 36 D. de pecul. (15. 1). — ³⁶⁾ l. 11 §. 2, 3, l. 24 §. 3 D. de pign. act. (13. 7), l. 33 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 4 pr. l. 6 D. de nautic. foen. (22. 2). Escob. 3 zu Basil. XXV, l. c. 11 §. 2 (Heimb. III, p. 57).

dedit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona ejus, id iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat, s. n. p. a.

Die andere Formel war in factum concipirt³⁷⁾ und entbehrte zwar der besondern Beziehung auf bona fides, hob dafür aber in der Form doppelter Verneinung³⁸⁾ affirmativ als Bedingungen ihrer Wirksamkeit ausdrücklich die Bezahlung³⁹⁾, Zufriedenstellung⁴⁰⁾ oder selbstverschuldete Nichtbezahlung oder Nichtzufriedenstellung⁴¹⁾ des Gläubigers hervor, im unverkennbaren Anschlusse an die hypothekarische Formel, welche gerade vom Gegentheile der genannten Thatfachen ihre Wirksamkeit abhängig macht⁴²⁾. Jene Bedingungen sind eine Art von Einreden und können daher noch während des judicium erledigt werden, gleich der exc. non adimpl. contr.⁴³⁾. Das Schema der formula in factum concepta fand sich ohne Zweifel im Edict aufgestellt⁴⁴⁾, und mag daher unter dem von Papinian mehrere Male erwähnten iudicium, quod de pignore dato proponitur oder red-ditur⁴⁵⁾ gemeint sein. Der Wortlaut war etwa folgender:

J. E. Si paret, Aulum Agerium Numerio Negidio pro X. H. S. ex mutuo mensam argenteam pignori (oder hypothecae) dedisse, eamque Aulo Agerio redditam non esse, si non pecunia non soluta, eove nomine non satisfactum est, aut per Numerium Negidium non stat, quominus solvatur satisve fiat, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, s. n. p. a.

Diesen Ausführungen entspricht der Inhalt folgendes Rescript:

Impp. Diocletian. et Maximian. A. A. et C. C. Floro⁴⁶⁾.
Si reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis

³⁷⁾ Die Schol. 1 zu Basil. XLII, 3 c. 29 (Heimb. IV, p. 269) spricht sogar von einer in factum concipirten contraria pignoratitia actio. — C. §. 26 not. 56. — — ³⁸⁾ Dieselbe Fassung bei der exceptio non numeratae pecuniae bezeugt Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 29 pr. (Heimb. II, p. 113). — — ³⁹⁾ l. 9 §. 3, l. 10, l. 11 pr. §. 5, l. 24 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 11, l. 12 C. eod. (4. 24), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31). — — ⁴⁰⁾ l. 9 §. 3, l. 11 §. 2 D. de pign. act. (13. 7). — — ⁴¹⁾ l. 20 §. 2 D. de pign. act. (13. 7), l. 12 C. eod. (4. 24), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31). — — ⁴²⁾ C. §. 13. — — ⁴³⁾ l. 9 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7). cf. Waren Beweislaß, Einreden etc. C. 39. l. 57 pr. D. de aedit. ed. (21. 1). ⁴⁴⁾ l. 3 C. de luit. pign. (8. 31), l. 1 D. de reb. cred. (12. 1), cf. l. 9 §. 3, l. 11 pr. §. 5, l. 20 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7) aus Ulp. u. Paul. ad Edictum. — — ⁴⁵⁾ l. 42 D. de pignor. act. (13. 7), l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 32 pr. D. de neg. gest. (3. 5). — — ⁴⁶⁾ l. 3 C. de luit. pign. (8. 31).

sive distractis et compensato pretio satis ei, contra quem supplicas, factum esse adito Praeside provinciae probaveris: vel si quod residuum debetur, obtuleris ac, si non acceperit, deposueris consignatum: restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum **etiam** Edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda ea, quae pignori acceperat, jure eum satis evidententer urgeri, manifestum est. — S. 6. Jd. Octobr. A. A. Coss.

Florus hatte zu einer Zeit, als in den Provinzen zwar der ordo judiciorum bereits in Abgang gekommen⁴⁷⁾, jedoch der Gebrauch der Formeln noch in Übung geblieben war⁴⁸⁾, bei dem Provinzialvorsteher mit der in jus concipirten Formel der pignoratitia actio gegen einen Pfandgläubiger auf Rückgabe der verpfändeten Sachen geklagt und dabei erwähnt, den Gläubiger wegen seiner Forderung bezahlt oder sonst befriedigt zu haben. Der Gläubiger leugnete aber, überhaupt oder wenigstens vollständig befriedigt zu sein, und erregte dadurch Zweifel über die von Florus zu beweisenden Voraussetzungen der Klage. Zur Beseitigung dieser Zweifel wendet sich Florus an den Kaiser und erlangt nun in unserem Rescripte den Bescheid: Wenn er beim Provinzialvorsteher die Rückzahlung der schuldigen Summe oder die durch Hingabe an Zahlungs Statt oder durch Compensation geschehene Befriedigung des Gläubigers nachweise, oder den etwa verbliebenen Rückstand anbiete und bei verweigerter Annahme versiegelt hinterlege⁴⁹⁾: so werde der Provinzialvorsteher für die Rückerstattung der verpfändeten Sachen sorgen, da **auch** durch die im immerwährenden Edict aufgestellte Klagformel — formula in factum concepta — zur Genüge in Gewißheit gesetzt sei, daß der Gläubiger nach empfangener Zahlung oder bei selbstverschuldeter Nichtzahlung zur Rückgabe der erhaltenen Pfänder mit Recht gezwungen werde.

Rudorf⁵⁰⁾ versmähnt diese meines Erachtens nahe liegende Erklärung und erblickt statt dessen in demjenigen Rechtsmittel, welches neben der im Edict proponirten Klage im Eingange des Rescripts erwähnt ist, ein eigenthümliches prohibitorisches Interdict. Allein da weder der Ausdruck des Rescripts nöthigt, an ein unmittelbares Eingreifen des Statthalters durch Verbot zu denken⁵¹⁾, noch sonstige Spuren des vermeintlichen Interdicts vorhanden sind, indem die von

⁴⁷⁾ l. 2 C. de pedan. jud. (3. 3). — — ⁴⁸⁾ S. S. 11 f. — — ⁴⁹⁾ l. 9 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁵⁰⁾ Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 13 S. 205 ff. — — ⁵¹⁾ cf. l. 5 C. ut in possess. legat. (6. 54) — competens iudex te adjuvante providebit.

Rudorf angeführte l. 5 C. in quib. caus. pign. (8. 15) einfach vom interdictum de migrando handeln dürfte⁵²⁾ und Isidor's, eines nichtjuristischen Schriftstellers, Mittheilung, daß das Pfand nach Bezahlung der Schuld sofort zurückgenommen werde⁵³⁾, recht wohl auf die pignoratitia actio bezogen werden kann, so ist nichts wahrscheinlicher, als daß die Kaiser Diocletian und Maximian in unserem Rescripte an die beiden Formeln der pignoratitia actio dachten, von denen die in das Edict aufgenommene formula in factum concepta durch die ausdrücklich genannten Bedingungen der Bezahlung, Befriedigung oder selbstverschuldeten Nichtbezahlung oder Nichtbefriedigung des Gläubigers zwar nur einen Theil desjenigen specialisirt, was die formula in jus concepta durch die Beziehung auf bona fides im Allgemeinen mit sich bringt, jedoch jedenfalls beweist, daß durch Bezahlung, Befriedigung oder selbstverschuldete Nichtbezahlung oder Nichtbefriedigung auch den auf den Anforderungen der bona fides beruhenden Voraussetzungen der formula in jus concepta genug geschehen sei. Die Basiliken⁵⁴⁾ stimmen dieser Erklärung zu, sofern sie bei unserem Rescripte durch Weglassung des zweiten Theils jede Hinweisung auf zwei verschiedene Rechtsmittel vermeiden und durch Veränderung des ersten Theils jeden Gedanken an ein anderes Rechtsmittel, als an die pignoratitia actio abschneiden, obgleich doch das von Rudorf angenommene prohibitorische Interdict schwerlich ohne Weiteres in Wegfall gekommen sein dürfte.

Der Pfandrealecontract zeichnet sich vor anderen Realcontracten dadurch aus, daß die Willensübereinstimmung der Parteien (conventio) mit dem Besitzübergange nicht notwendig der Zeit nach zusammenzutreffen braucht⁵⁵⁾. Weil nämlich schon die bloße Pfandübereinkunft dem Pfandgläubiger die hypothecaria actio und darin das unfehlbare Mittel zur Erlangung von Pfandbesitz gewährt, so hat der Verpfänder bereits durch die Pfandübereinkunft seine Zustimmung zu der später vom Pfandgläubiger zu vollziehenden Ergreifung pfandrechtlichen Besitzes erklärt⁵⁶⁾ und den Pfandgläubiger unwiderruflich ermächtigt, durch jeden später auf Grund der Pfandübereinkunft selbst gegen den derzeitigen Willen des Verpfänders⁵⁷⁾ gerichtlich oder außergerichtlich bewirkten Besitzerwerb die zur Begründung des Pfandrealecontractes geeignete causa ins Dasein zu rufen, um

⁵²⁾ l. 1, l. 2 D. de migrando (43. 32). — — ⁵³⁾ Isidor. orig. V, 25: Statim res aufertur. — — ⁵⁴⁾ Basil. XXV, 7 c. 52 (Heimb. III, p. 89). — — ⁵⁵⁾ l. 1 pr. §. 1 D. de pign. act. (13. 7): Si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aces dederit. — E. S. 72. — — ⁵⁶⁾ l. 1 C. de pact. pignor. et de lege commiss. (8. 35). — — ⁵⁷⁾ arg. l. 14 § 5 D. de div. tempor. praeser. (44. 3): Jam enim in illo tempore, quo contrahebas, videri concessisse.

mittels des Pfandrealscontractes den zu Grunde liegenden Bestimmungen der Pfandübereinkunft und des etwa accessorisch verbundenen pactum de vendendo obligatorischen Schutze zu verleihen. Mag z. B. der Pfandgläubiger durch Perclusion die ihm für den Miethzins durch stillschweigende Pfandübereinkunft verpfändeten und keineswegs schon wegen des Besitzes am vermieteten Hause von ihm befehlen⁵⁸⁾ *invecta et illata* des Miethers⁵⁹⁾, oder sonst auf eigne Hand die für irgend eine andere Forderung durch Pfandübereinkunft verpfändeten Sachen in Besitz nehmen⁶⁰⁾, oder mag derselbe durch Aufstellung der hypothekarischen Klage mit Hilfe des Richters den Besitz verpfändeter Gegenstände sich verschaffen⁶¹⁾, immer ist die Besitzergreifung weder Diebstahl⁶²⁾, noch Gewalt⁶³⁾, sondern lediglich eine durch die vorausgegangene Einwilligung des Verpfänders gerechtfertigte Erwerbshandlung⁶⁴⁾, die den Pfandrealscontract begründet, und freilich, weil der letztere nicht bloß Rechte, sondern auch Pflichten für den Pfandgläubiger im Gefolge hat, vom Pupillen nicht ohne Vollwort des Vormunds gültig vollzogen werden kann⁶⁵⁾, aber doch nur durch das Hinzutreten weiter gehender verbrecherischer Handlungen dem Pfandgläubiger Strafen zuzieht⁶⁶⁾. Selbst wenn das Pfand-

⁵⁸⁾ l. 30 pr. D. de possess. (41. 2). — — ⁵⁹⁾ l. 9 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. 56 D. locati (19. 2) cf. l. 1 §. 4 D. de migrando (43. 32), l. 33, l. 34 D. de damno inf. (39. 2), l. 5 C. in quib. caus. pign. (8. 15). — Martial. XII, 32. — — ⁶⁰⁾ l. 30 D. de pign. act. (13. 7). §. §. 12 not. 89. — — ⁶¹⁾ l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5) Tryphon.: Et cum per injuriam iudicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor, quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit. — cf. l. 10 fin. D. de pign. et hyp. (20. 1): Per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli. — — ⁶²⁾ l. 55 D. de furt. (47. 2), Basil. mit Schol. l. 2. LX, 12 c. 55 (Heimb. V, p. 509). — Nicht entgegen ist l. 6 §. 2 D. de re jud. (42. 1), l. 11 C. de pign. et hyp. (8. 14). — — ⁶³⁾ l. 3, l. 4 C. de pign. et hyp. (8. 14). — Nicht entgegen ist l. 2 §. 18 D. de vi bon. rapt. (47. 8), l. 3 C. eod. (9. 33). — Noch weniger l. 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7), l. 5 C. eod. (9. 12). — cf. Schol. 21 zu Basil. LX, 17 c. 2 §. 18. — Schol. 1 zu Basil. LX, 17 c. 33 (Heimb. V, p. 565. 595). — Schol. 1 zu Basil. LX, 18 c. 18. — Schol. 1 zu Basil. LX, 18 c. 24 (Heimb. V, p. 602. 604). — Bedenklicher würde sein Paul. sent. rec. II, 14 §. 5, wenn nicht nach Paul. sent. rec. V, 26 §. 4 anzunehmen wäre, daß die Hand Anian's im Spiel gewesen sei. — — ⁶⁴⁾ l. 55 D. de furt. (47. 2), l. 11 C. de pign. act. (4. 24). Cassiodor. IV, 10: Nec liceat cuicumque sua sponte, nisi obligatum forsitan pignus, auferre. cf. l. 5 C. in quib. caus. pign. (8. 15), Paul. sent. rec. V, 26 §. 4. — lex. Rom. Burgund. tit. XV. — Ebenso nach Attistischem Rechte f. Dernburg. Pfandr. I §. 1 §. 74. — — ⁶⁵⁾ l. 38 D. de pignor. act. (13. 7). cf. Basil. XXV, 1 c. 37 (Heimb. III, p. 64). — — ⁶⁶⁾ l. 11 §. 5, l. 30 D. de pignor. act. (13. 7), l. 34 D. de damn. inf. (39. 2) in Verbindung mit

recht ohne ausdrückliches oder stillschweigendes Pfandpactum gegen den Willen des Pfandschuldners durch gesetzliche, obrigkeitliche oder leibwillige Anordnungen entstanden ist, legt man dem gleichzeitigen oder späteren Erwerbe von Pfandbesitz die Wirkung bei, für und gegen den Pfandgläubiger eine *pignoratitia actio* hervorzutreiben, die jedoch, weil sie nur auf der Fiction eines gegenseitigen Contractswillens beruht, als eine *exemplo pignoratitiae actionis* gegebene *utilis actio* bezeichnet wird ⁶⁶⁾.

Bei der Begründung des juristischen oder natürlichen Pfandbesizes an einer durch Pfandübereinkunft bereits verpfändeten Sache ist sowohl auf Seiten des Pfandgläubigers, als auf Seiten des Verpfänders Stellvertretung statthaft ⁶⁷⁾. Der Pfandgläubiger A und der Verpfänder B, welche unter einander eine Pfandübereinkunft geschlossen haben, werden daher direct aus dem Pfandrealcontracte berechtigt und verpflichtet, mögen sie in Person oder durch die in ihrem Auftrage und Namen handelnden Vertreter C und D den juristischen oder natürlichen Besitz der verpfändeten Sache empfangen beziehungsweise übergeben ⁶⁸⁾ haben. Wichtige Folgen daraus ergeben sich für die Fälle, wenn vor Abschluß des Pfandrealcontracts einerseits der Pfandgläubiger die durch Pfandübereinkunft erworbene *actio hypothecaria* cedirt oder in Pfandpfand gegeben, andererseits der Schuldner die durch Pfandübereinkunft verpfändete Sache veräußert hat; denn auch in diesen Fällen wird das mit der *hypothecaria actio* verfolgbare Pfand stets wenigstens in Gedanken auf der einen Seite als ein vom Schuldner verpfändetes, also im Namen des Schuldners und mit dem durch die frühere Verpfändung unwiderprüflich erklärten Willen desselben übergeben, auf der anderen Seite als ein dem ursprünglichen Gläubiger verpfändetes, also im Namen des ursprünglichen Gläubigers von einem mit dem Willen desselben handelnden Repräsentanten in Empfang genommen, und erst nach dieser Empfangnahme weiter von dem vertretenen Gläubiger oder Pfandverpfänder dem Pfand- und Pfandpfandbesitzer nach auf den Cessionar oder Pfandpfandgläubiger durch *traditio brevi manu* übertragen, so daß immer der Pfandrealcontract direct zwischen dem ursprünglichen Verpfänder und dem ursprünglichen Pfandgläu-

l. 20 D. de injur. (47. 10), l. 7 §. 5 C. de praescr. 30 ann. (7. 39): *Sine violentia tenuerit.* — cf. v. Savigny Syst. Bd. 5 S. 314. — Daraus erklärt sich auch, wie l. 3 C. de lit. pign. (8. 31) die Zurückforderung von *res pacto pignoris obligatae* durch die *pignoratitia actio* für zulässig erachten kann. — — ⁶⁶⁾ l. 5 §. 21 D. ut in possess. legat. (36. 4). — —

⁶⁷⁾ l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7). §. 39. — — ⁶⁸⁾ l. 11 §. 7 D. de pignor. act. (13. 7). §. 39.

biger zu Stande kommt⁶⁹⁾ und außer diesen Personen kein Anderer hinsichtlich der aus dem Pfandrealcontracte entspringenden *actiones pignoratitiae directa et contraria* berechtigt oder verpflichtet wird⁷⁰⁾. Daß dessenungeachtet der Verpfänder nach Zahlung der Pfandschuld unmittelbar gegen den Cessionar des Pfandgläubigers⁷¹⁾ und gegen den Austerpfandgläubiger⁷²⁾ auf Rückgabe der von denselben besessenen Pfandstücke und Austerpfandstücke klagen kann, beruht auf einer fingirten Cession der dem Cedenten gegen den Cessionar, und dem Austerpfänder gegen den Austerpfandgläubiger zuständigen Klagen (*actio praeser. verb.* und *actio pignoratitia*), ist also weit entfernt, die aufgestellten Sätze zu widerlegen.

Die Zulässigkeit der Vertretung bei der Uebergabe und dem Empfange von Pfandbesitz erklärt, wie es möglich ist, daß der Pfandgläubiger, welcher, ohne jemals im Besiz gewesen zu sein, die verpfändete Sache zu seiner Befriedigung verkauft, dessenungeachtet wegen verschuldeter Niedrigkeit des Kaufpreises mit der *pignoratitia actio directa* vom Verpfänder zur Verantwortung gezogen werden kann⁷³⁾, oder umgekehrt im Fall der Eviction wegen der dadurch ohne culpa erlittenen Nachtheile mit der *pignoratitia actio contraria* den Verpfänder auf Entschädigung zu belangen vermag⁷⁴⁾, sobald der Käufer mit der ihm durch den Verkauf fingirt cedirten *hypothecaria actio* den Besitz der Pfandsache sich verschafft hat⁷⁵⁾. Der Pfandkäufer als fingirter Cessionar des Verkäufers empfängt eben den Besitz des Pfandes zunächst im Namen des Verkäufers als Pfandbesitz, und braucht dann nur zufolge der ihm vom Verkäufer im Namen des Verpfänders ertheilten Erlaubniß zum Erwerbe von Eigenthum den *animus creditoris* mit dem *animus domini* zu vertauschen, um statt Pfandbesitzes Eigenthumsbesitz und Eigenthum erworben zu haben⁷⁶⁾. In Gedanken bekommt also zuvörderst der verkaufende Pfandgläubiger durch die Vermittelung des Pfandkäufers Pfandbesitz, darauf der Pfandkäufer vom Pfandverkäufer Pfandbesitz und durch die Vermittelung des Pfandverkäufers vom Verpfänder Eigenthumsbesitz und Eigenthum, so daß in der Person des Pfandgläubigers die Begründung des Pfandrealcontracts der als Verschuldung anzurech-

⁶⁹⁾ l. 11 §. 6. 7 D. de pignor. act. (13. 7). C. §. 39. — — ⁷⁰⁾ l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). C. §. 92. — — ⁷¹⁾ l. 13 pr. D. de pignor. act. (13. 7). C. §. 46. — — ⁷²⁾ l. 2 C. si pign. pign. (8. 24). C. §. 45. — — ⁷³⁾ l. 22 §. 4 D. de pignor. act. (13. 7), l. 4, l. 7, l. 9 C. de distr. pign. (8. 28), l. 1, l. 4, l. 5 C. si vend. pign. agat. (8. 30), l. 3 §. 5 C. de impetrat. dom. (8. 34) in Verbindung mit den Ausführungen in §. 23. — — ⁷⁴⁾ l. 22 §. 4, l. 25 D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — — ⁷⁵⁾ C. §. 23. — — ⁷⁶⁾ C. §. 23.

nenden Eigenthumsveräußerung sowie der ohne Verschuldung erfolgenden Eviction vorhergeht und der Verpfänder nicht weniger auf der einen Seite berechtigt ist, aus dem Pfandrealcontracte mit der *pignoratitia actio directa* den Pfandgläubiger wegen *dolus* oder *culpa* zu belangen, als auf der anderen Seite sich gefallen lassen muß, mit der *pignoratitia actio contraria* vom Pfandgläubiger wegen Eviction in Anspruch genommen zu werden.

Eine Widerlegung dieser Grundsätze liegt auch nicht etwa in dem Rechte des Verpfänders, die dem Pfandgläubiger auf dessen hypothekarische Formel von dritten Beklagten gezahlte *litis aestimatio* ⁷⁷⁾ oder *poena* ⁷⁸⁾, oder die vom Pfandgläubiger durch Pfandverkauf gelöste Summe ⁷⁹⁾, soweit deren Beträge die Pfandschuld übersteigen, dem Pfandgläubiger mit der *pignoratitia actio* abzufordern, mag die verpfändete Sache sich vorher im Besitze des Pfandgläubigers befunden haben oder nicht ⁸⁰⁾; denn wie mit der Pfandsache stillschweigend auch die *litis aestimatio* ⁸¹⁾, *poena* ⁸²⁾ und das Kaufgeld ⁸³⁾ verpfändet worden ist, so erwirbt der Gläubiger an den ihm als *litis aestimatio*, *poena* oder Kaufsumme gezahlten Geldstücken zunächst für den Verpfänder Eigenthumsbesitz und Eigenthum, sodann erst durch *traditio brevi manu* des Verpfänders für sich selbst Pfandbesitz ⁸⁴⁾, so daß hinsichtlich der Geldstücke unter allen Umständen ein Pfandrealcontract zwischen dem Gläubiger und dem Verpfänder ins Leben tritt, welcher den Verpfänder berechtigt, den nicht zur Befriedigung des Pfandgläubigers durch Compensation zu verwendenden Ueberschuß mit der *pignoratitia actio* dem Gläubiger abzufordern.

Ebenso verhält es sich bei dem Forderungspfandrechte, wenn der Forderungspfandgläubiger durch die im Gewande der hypothekarischen

⁷⁷⁾ l. 21 §. 3 D. de pignor. et hyp. (20. 1), l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). Ueber fructus majores vergl. l. 8 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5), l. 9 §. 6 D. ad exhib. (10. 4). — Fest. s. v. vindiciae. — l. 1 C. Th. de fruct. et lit. exp. (4. 18), l. 1 pr. C. Th. de usur. rei judic. (4. 19) Ambros. epist. V, 24. — Bachofen Pfandr. I. 1, §. 214 not. 6. — Eine Art von *litis aestimatio* ist auch das in l. 8 §. 5 D. quib. mod. pign. (20. 6) erwähnte Pfandabkaufsgeld. — — ⁷⁸⁾ l. 15 pr. D. de furt. (47. 2), l. 22 pr. §. 1 D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁷⁹⁾ l. 6 §. 1, l. 7, l. 24 §. 2, l. 42 D. de pignor. act. (13. 7), l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 5 C. si vend. pign. ag. (8. 30). — — ⁸⁰⁾ l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 21 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁸¹⁾ §. 13 not. 10. — — ⁸²⁾ §. 16 not. 32–34. — — ⁸³⁾ §. 13 not. 9. — — ⁸⁴⁾ Daher sprechen Pomponius und Paulus von pecunia deposita. — l. 6 §. 1. l. 7 D. de pignor. act. (13. 7). — cf. Paul. sent. rec. II, 5 §. 1 — pignus depositum. — V, 28 §. 4. — l. 36 D. de condict. indeb. (12. 6) pignori deponi. — Isidori Origin. V, 25. — Lex Visig. V, 5, l. 2. 3.

Formel geltend zu machende *utilis actio* zum Besitze der vom verpfändeten Schuldner gezahlten *res debitae* gelangt ist, da auch hier stillschweigend die *res solutae* dem Forderungspfandgläubiger sind verpfändet worden und der Forderungspfandgläubiger das Eigenthum derselben für den Verpfänder, für sich selbst aber durch *traditio brevi manu* des Verpfänders bloß Pfandbesitz erwirbt; mithin jedenfalls hinsichtlich der *res solutae* einen Pfandrealecontract mit dem Verpfänder abschließt, der gegenseitig die Anstellung der *pignoratitiae actiones* ermöglicht⁸⁵⁾.

Durch den Pfandrealecontract machen sich beide Contrahenten verbindlich, zwar nicht für Zufall⁸⁶⁾, der ohne besondere Verabredung des Gegentheils nicht einmal die Geltendmachung der Forderung ausschließt⁸⁷⁾, wohl aber für *dolus* und *culpa* einzustehen⁸⁸⁾. Diesen Grundsätzen entspricht folgende Stelle:

Paulus lib. 5 *Epitomarum Alfeni Vari Digestorum*⁸⁹⁾:

Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit: Si invito ratiario retinuisset, ejus periculo ratem fuisse respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem.

Nach Großkopfs⁹⁰⁾ richtiger Auslegung giebt Jemand einem Flößer ein Darlehn und behält dafür, weil die Rückzahlung bei Verfall nicht erfolgt, das Floß desselben auf eigene Hand (*sua auctoritate*) im Flusse zurück. Der Fluß fängt darauf an zu schwellen und reißt das Floß mit sich fort. Hier soll der Gläubiger den Schaden ersetzen müssen, wenn er das Floß ohne Zustimmung des Flößers (*invito ratiario*), also eigenmächtig zurückgehalten hat. Das betreffende Rechtsmittel ist die *actio legis Aquiliae* in Ermangelung jeglichen Pfandrechts.

⁸⁵⁾ l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — §. 14. — ⁸⁶⁾ l. 19 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 21 §. 2 D. eod. (20. 1). l. 13 §. 1, l. 43 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 8 C. eod. (4. 24). — ⁸⁷⁾ l. 6 C. de pignor. act. (4. 24), l. 25 C. de pign. et hyp. (8. 14). — In Beziehung auf diesen Satz heißt es im §. 4 J. quib. mod. re (3. 15) placuit sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibuit. — cf. Haffte culpa §. 212 ff. — A. M. Schrader ad h. l. Inst. — ⁸⁸⁾ l. 24 §. 3, l. 25 D. de pignor. act. (13. 7), l. 3 fin., l. 5, l. 7, l. 8 C. eod. (4. 24), l. 14 §. 6. 16 D. de furt. (47. 2), l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 23 D. de reg. jur. (50. 17), l. 15, l. 22 §. 4 D. de pignor. act. (13. 7), l. 9 C. de distr. pign. (8. 28), l. 3 §. 5 C. de impetr. dom. (8. 34). — ⁸⁹⁾ l. 30 D. de pignor. act. (13. 7). — ⁹⁰⁾ Lehre vom Retentionerecht §. 83 ff.

Wenn aber der Flößer das Zurückhalten des Floßes freiwillig zugegeben hatte, so würde der Darleiher nur für culpa, nicht auch für vis major zu haften haben; denn in diesem Falle hätte der Flößer durch jene Gestattung nicht etwa bloß ein vertragsmäßiges Retentionsrecht (dessen Dasein überhaupt fraglich ist) eingeräumt, sondern eine wirkliche Pfandübereinkunft geschlossen⁹¹⁾, welche vom Pfandgläubiger durch die auf Grund derselben, wenngleich ohne obrigkeitliche Dazwischenkunft, geschehene Besitzergreifung des Floßes zum Pfandrealcontracte erhoben wäre⁹²⁾. Der Gläubiger hätte also durch das Zurückhalten des Floßes kein Unrecht gethan, sondern sich nur der ihn wegen Fahrlässigkeit, nicht wegen Zufalls verantwortlich machenden pignoratitia actio des Flözers unterworfen, deren Berücksichtigung allein die Compileratoren zur Aufnahme des Bruchstücks in den Pandectentitel de pignoratitia actione veranlaßt haben kann.

Für culpa hat der Pfandrealcontractschuldner dergestalt einzustehen, daß ihm nicht einmal die in eignen Angelegenheiten zur Gewohnheit gewordene Fahrlässigkeit nachgesehen wird⁹³⁾. Die Stellen, welche die Verantwortlichkeit auf diligentia in concreto oder gar auf dolus zu beschränken scheinen, sind theils ungeschickt veränderte Uebersetzungen des alten contractus fiduciae, welcher sich auf jenen Grad des Fleißes beschränkte⁹⁴⁾, theils überall nicht auf den Pfandrealcontract, sondern bloß auf die Pfandübereinkunft zu beziehen, welche jeder persönlich obligirenden Wirkung ermangelt und daher die Parteien im Verhältniß zu einander, wie im Verhältniß zu Dritten allerdings nur zur Vermeidung von dolus und Aquilischer culpa verpflichtet.

Zur ersten Klasse gehören namentlich die Worte des Gajus, welche gleiches Maß der Verantwortlichkeit annehmen bei den res pignori datae und den res dotales⁹⁵⁾, obgleich letztere nur zur diligentia, quam suis verbinden⁹⁶⁾; denn in Vorjustinianischen Quellen ist vielmehr das iudicium fiduciae mit der actio rei uxoriae in dieser Beziehung zusammengestellt worden⁹⁷⁾.

Der zweiten Klasse dagegen ist folgendes Bruchstück zuzuzählen:

⁹¹⁾ C. §. 13 not. 34. — — ⁹²⁾ C. §. 79 ff. — — ⁹³⁾ §. 4. J. quib. mod. re (3. 15), l. 13 §. 1, l. 14, l. 15, l. 22 §. 4, l. 30 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 §. 2 D. commod. (13. 6), l. 9 §. 5 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 19 C. de pign. et hyp. (8. 14). — — ⁹⁴⁾ Collat. leg. Mos. X, 2 §. 2. — — ⁹⁵⁾ l. 18 pr. D. commod. (13. 6), cf. Zitel. 1. 4 zu Basil. XIII, 1 c. 18 pr. (Heimb. II, p. 19). — — ⁹⁶⁾ l. 17 pr. D. de jure dot. (23. 3), l. 24 §. 5 D. sol. matrim. (24. 3), l. 11 fin. C. de pact. conv. super dot. (5. 14). — — ⁹⁷⁾ C. not. 94.

Scaevola lib. 5 Digestorum ⁹⁸⁾.

Locum purum pignori creditori obligavit, eique instrumentum emtionis tradidit: et, cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi contraversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet: quo non exhibente minorem locum aedificavit, atque ita damnum passus est. Quaesitum est, an si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, doli exceptione posita iudex hujus damni rationem habere debeat? Respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pignoratitia agere: opera autem in eo data, tunc et ante pecuniam solutam in id, quod interest, cum creditore agi.

Ein Besitzer, welcher dem Gläubiger einen unbebauten Platz verpfändet und den Kaufbrief übergeben hat ⁹⁹⁾, will den Platz bebauen, kommt aber mit seinem Nachbar über die Ausdehnung desselben in Streit. Um den Beweis seiner Ansprüche zu führen, bittet er den Pfandgläubiger um Aushändigung des Kaufbriefs, erhält denselben aber nicht und ist nun genöthigt, knapper zu bauen, als er schuldig war, und Schaden zu leiden. Das erregt die Frage, ob er den Gläubiger, welcher seine Forderung einlegt oder sein Pfand vindicirt, die exceptio doli opponiren könne, um den Betrag des erlittenen Schadens durch Compensation vergütet zu bekommen (damni rationem habere) ¹⁰⁰⁾? Scaevola antwortet: Wenn der Gläubiger nicht vorzüglich darauf ausgegangen sei, dem Schuldner durch Verenthaltung des Kaufbriefs zu schaden, sondern nur etwa aus übertriebener Aengstlichkeit für seine Sicherheit die Ausantwortung verweigert habe, so sei keine in Gegenrechnung zu bringende Forderung vorhanden, sondern der Schuldner nur berechtigt, nach Bezahlung der Pfandschuld auf Rückgabe des Kaufbriefs mit der pignoratitia actio zu klagen; habe der Gläubiger dagegen mit Vorsatz Schaden gestiftet, so könne derselbe auch vor Bezahlung der Pfandschuld auf das Interesse belangt, also — wie hinzuzudenken ist — auch im Wege der Compensation zum Erfatze desselben angehalten werden.

⁹⁸⁾ l. 43 pr. D. de pignor. act. (13. 7), cf. Basil. XXV, l. c. 42 (Heimb. III, p. 65). — Abweichende Erklärungen bei Unterholzner Schuldverb. II, §. 864 Anm. — Dernburg Pfandr. I. 1 §. 152 f. — — ⁹⁹⁾ cf. l. 2 C. quae res pign. (8. 17), l. 18 D. ad exhib. (10. 4), l. 102 pr. D. de legat. III (32), l. 12 §. 45 D. de instruct. vel instr. leg. (33. 7), l. 1 C. de donat. (8. 54). — — ¹⁰⁰⁾ l. 4 §. 8 D. de doli exc. (44. 4), l. 7 C. de pignor. act. (4. 24). — Damnum in rationem debiti deducere. — cf. Cujac. recitt. soll. in cod. h. l.

In der That wird sonach der Gläubiger hier nur für *dolus* verantwortlich gemacht. Das Befremdende dieser Entscheidung verliert sich aber sofort, wenn wir erwägen, daß keineswegs die *pignoratitia actio* als diejenige Klage genannt ist, welche gegen den Gläubiger wegen seines *dolus* zu richten wäre. Weil nicht das verpfändete Grundstück, sondern nur dessen Kaufbrief dem Pfandgläubiger übergeben war, so konnte nur der Kaufbrief, nicht auch das Grundstück, Gegenstand des Pfandrealcontracts und der *pignoratitia actio* sein. Ueber das Grundstück war nur eine Pfandübereinkunft geschlossen, welche dem Gläubiger keinerlei obligatorische Verpflichtungen auferlegt hatte, so daß er insofern gleich jedem Dritten nur für *dolus* und *damnum injuria datum* verantwortlich war. Da er nun durch Vorenthaltung des Kaufbriefs nicht hinsichtlich jener Urkunde, sondern nur hinsichtlich dieses Grundstücks Schaden gestiftet hatte, dieser Schaden aber nicht als ein *damnum injuria datum* betrachtet werden konnte, so war er wegen *culpa* überall nicht, und wegen *dolus* nur mit der *actio de dolo* zu belangen; eine Klage, die allerdings ohne Rücksicht auf vorgängige Bezahlung oder Nichtbezahlung der Pfandschuld auf das Interesse angesetzt und der Schuld- und Pfandklage des Gläubigers gegenüber mit Hülfe der *exceptio doli* zur Compensation (richtiger Deduction) gebracht werden konnte.

Die *actio de dolo*, nicht die *pignoratitia actio* ist also unter der von Scävola im Fall vorsätzlicher Schadenszufügung gegen den Gläubiger für anwendbar erachteten Klage verstanden, zumal da Ulpian umgekehrt gegen den Verpfänder, welcher wissentlich eine fremde oder bereits anderweit verpfändete Sache verpfändet, die *pignoratitia actio contraria* oder die *actio de dolo* für zulässig erklärt¹⁰¹⁾, je nachdem nämlich durch Uebergabe des Pfandes der Pfandrealcontract abgeschlossen, oder ohne Uebergabe des Pfandes bloß eine Pfandübereinkunft getroffen worden ist, mithin beim Mangel der *pignoratitia actio* die *actio de dolo* ungeachtet ihrer Subsidiarität allerdings als begründet erscheint.

Uebrigens erstreckt sich die *diligentia*, welche der Pfandgläubiger zu leisten hat, auch auf die von der verpfändeten Sache mit allem Fleiße in Natur oder durch Verpachtung¹⁰²⁾ zu ziehenden Früchte¹⁰³⁾, die ja ausdrücklich oder stillschweigend mit der Hauptsache verpfändet

¹⁰¹⁾ l. 36 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7): Cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem. — —

¹⁰²⁾ l. 23 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 2 C. de pignor. act. (4. 24). — —

¹⁰³⁾ l. 3 C. de pignor. act. (4. 24), l. 2 C. de partu pign. (8. 25). — —

zu sein pflegen¹⁰⁴) und nur dem Pfandbesitze nach dem Pfandgläubiger, dagegen dem Eigenthume nach dem Verpfänder erworben werden¹⁰⁵), ebendaher aber auch nach einer zuzulegenden Rechnung¹⁰⁶) unter Abzug der auf die Erzeugung verwandten Auslagen¹⁰⁷) entweder in Natur oder in Gelde dem Verpfänder herauszugeben sind¹⁰⁸), soweit nicht ihr Werth auf die Pfandforderung, und zwar zunächst auf etwaige Zinsen¹⁰⁹), sodann auf das Capital, abgerechnet werden kann¹¹⁰).

Der Pfandrealecontract ist gültig, mag der Verpfänder eigne oder fremde Sachen zur Sicherung der jenseitigen Forderung übergeben haben¹¹¹); die Pfandübereinkunft dagegen ist ungültig, wenn deren Gegenstand nicht zur Zeit der Übereinkunft im Vermögen des Verpfänders oder des in die Verpfändung einwilligenden Dritten sich befunden hat¹¹²), oder — sofern die Verpfändung später zu erwerben der Sachen in Frage steht — nicht später in das Vermögen des Verpfänders gelangt ist¹¹³). Ueberhaupt kann ein gültiger Pfandrealecontract ohne gültige Pfandübereinkunft abgeschlossen werden¹¹⁴). Ist insbesondere eine fremde Sache zum Pfande übergeben, so bewirkt die Gültigkeit des Pfandrealecontractes unter anderem, daß der Pfandnehmer vor Bezahlung der Schuld zur Retention berechtigt¹¹⁵) und nach Bezahlung der Schuld zur Restitution verpflichtet ist¹¹⁶), während die Ungültigkeit der Pfandübereinkunft zur Folge hat, daß die actio

¹⁰⁴) *§. 13 not. 6.* — — ¹⁰⁵) *l. 21 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1 §. 15 D. de poss. (41. 2), l. 37 pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1).* — — ¹⁰⁶) *l. 3, l. 12 C. de pign. act. (4. 24).* — — ¹⁰⁷) *l. 46 D. de usur. (22. 1), l. 6 §. 3 D. de oper. serv. (7. 7).* — — ¹⁰⁸) *l. 1 C. de pignor. act. (4. 24).* — — ¹⁰⁹) *l. 2 C. de partu pign. (8. 25), l. 5 §. 21 D. ut in poss. legat. (36. 4).* — *Nov. 120 c. 4.* — — ¹¹⁰) *l. 1, l. 2, l. 3, l. 12 C. de pignor. act. (4. 24), l. 2 C. de partu pign. (8. 25), l. 1 C. de distr. pign. (8. 28), l. 11 C. de usur. (4. 32), Paul. sent. rec. II, 13 §. 3.* — *Interpret. Visig. — cf. c. 6 X, de pign. (3. 21).* — — ¹¹¹) *l. 9 pr. §. 4, l. 16 §. 1, l. 22 §. 2, l. 32 D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 3 §. 4 C. comm. de legat. (6. 43), l. 6 C. si aliena res (8. 16).* — *Germer: l. 27 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 §. 12 D. commod. (13. 6).* — *§. 45.* — — ¹¹²) *l. 23 D. de probat. (22. 3), l. 6 C. si aliena res (8. 16), l. 6 C. quae res pign. (8. 17).* — — ¹¹³) *l. 15 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 34 §. 2 D. eod. — l. 1 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1).* — *cf. Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 182 ff.* — — ¹¹⁴) *Actio pignoratitia directa. — l. 9 §. 4, l. 22 §. 2, l. 11 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7).* — *Actio pignoratitia contraria. — l. 9 pr. l. 32 D. de pignor. act. (13. 7).* — *cf. Dernburg Pfand. I. §. 139.* — *Anafeg verhielt es sich nach Vorjustinianischem Rechte mit dem pignus praetorium. — l. 26 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 §. 21 D. ut in poss. legat. (36. 4) in Verbindung mit l. 2 C. de praetor. pign. (8. 22).* — — ¹¹⁵) *l. 1 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 §. 2 D. ad Sc. Macedon. (14. 6), l. 1 §. 5 D. de migrando (43. 32).* — — ¹¹⁶) *§. not. 111.*

und exceptio hypothecaria dem Gläubiger versagt wird¹¹⁷⁾. Sogar der praedo, welcher die Sache einem mit dem fremden Eigenthume unbekannten Gläubiger zum Pfande übergeben hat, kann daraus Gewinn ziehen, wenn der Eigenthümer gegen den Gläubiger die reivindicatio anstellt; denn obgleich der praedo als Besagter zur Restitution der existirenden und consumirten Früchte gehalten sein würde, so ist doch der besagte Gläubiger als bonae fidei possessor nur zur Restitution der existirenden Früchte verbunden, hat aber gleichwohl die consumirten Früchte dem praedo auf die Schuld abzurechnen oder auf angestellte pignoratitia actio directa zu ersetzen¹¹⁸⁾.

Aus denselben Gründen errichtet der Pfandgläubiger, welcher die ihm verpfändete Sache des Verpfänders seinem Gläubiger zum Pfande übergiebt, einen gültigen Pfandrealcontract mit der Wirkung, nach Bezahlung oder Befriedigung des Gläubigers mit der pignoratitia actio directa auf Rückgabe der Sache klagen zu können und seinerseits der pignoratitia actio contraria des Gläubigers unterwerfen zu sein¹¹⁹⁾, obgleich die Pfandübereinkunft nichts weiter, als das in bonis des Pfandverpfänders allein befindliche Pfandrecht desselben zum Gegenstande hat¹²⁰⁾.

Umgekehrt kann das Pfandrealcontractsverhältniß weder entstehen noch in der Regel fortauern, wenn in den Händen des Pfandgläubigers mit oder ohne Wissen desselben¹²¹⁾ Pfandbesitz und Eigenthum gleich anfangs vereinigt sind¹²²⁾ oder später vereinigt werden¹²³⁾; die Pfandübereinkunft hingegen gewinnt zwar auch keine Wirksamkeit, falls die zum Pfande bestimmte Sache zur Zeit der Uebereinkunft Eigenthum des Pfandgläubigers war, behauptet aber ihre Wirksamkeit, falls nach anfangs gültig geschabener Pfandbestellung später Eigenthum und Pfandrecht in der Person des Pfandgläubigers zusammentreffen und dieses Zusammentreffen weder als solutio noch als satisfactio zu gelten vermag.

Neue Ähnlichkeit ist anerkannt in folgender Stelle:

Julianus lib. 44 Digestorum¹²⁴⁾.

Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem

¹¹⁷⁾ l. 1 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 §. 2 D. ad Scit. Macedon. (14. 6), l. 6 C. si aliena res (8. 16). — ¹¹⁸⁾ l. 22 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7). — Unrichtig erklärt von Bachofen Pfandrecht Ffl. I. §. 144. — ¹¹⁹⁾ l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7). §. 45. — ¹²⁰⁾ §. 15. — ¹²¹⁾ l. 33 §. 5 D. de usurpat. (41. 3), l. 16 D. de contrah. emt. (18. 1). — ¹²²⁾ l. 33 §. 5 D. de usurpat. (41. 3), l. 45 D. de reg. jur. (50. 17). — ¹²³⁾ l. 20 §. 3, l. 29 D. de pignor. act. (13. 7), l. 59 pr. D. ad Scit. Trebell. (36. 1), l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 3). §. not. 126. — ¹²⁴⁾ l. 33 §. 5 D. de usurp. (41. 3). — Cujac. comm. ad Dig. Salv. Juliani. — (Opp. VI, p. 316.)

ignoranti tuam esse; desino usucapere: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. At si nuda conventionem pignus contractum fuerit; nihilominus usucapiam: quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.

Wenn der gutgläubige Besitzer eine fremde Sache an deren Eigenthümer verpfändet, so ist selbst dann, wenn der Eigenthümer sein Eigenthum nicht kennt, der Pfandrealecontract nichtig, weil derselbe an eignen Sachen des Pfandnehmers nicht bestehen kann; es ist aber auch die Pfandübereinkunft nichtig, weil die Sache zur Zeit der Uebereinkunft nicht in bonis des Verpfänders sich befunden hat. Die Nichtigkeit beider Rechtsgeschäfte wirkt indeß auf die Usucapion des Verpfänders verschieden. Durch die Nichtigkeit des Pfandrealecontracts wird die Usucapion unterbrochen¹²⁵⁾, durch die Nichtigkeit der Pfandübereinkunft nicht einmal gefährdet; denn der zum Zweck des Pfandrealecontracts vom Verpfänder übertragene Besitz wird vom Eigenthümer wegen der Ungültigkeit des Contracts in jeder Hinsicht für sich selbst ausgeübt, der bei der bloßen Pfandübereinkunft dem Verpfänder verbliebene Besitz hingegen kann demselben wegen der Ungültigkeit der Uebereinkunft nicht einmal mit der hypothekarischen Klage, sondern lediglich mit den schon vor der Uebereinkunft zuständig gewesenem Rechtsmitteln entzogen werden.

Was aber die oben erwähnte Unähnlichkeit zwischen dem Pfandrealecontracte und der Pfandübereinkunft anlangt, so wird dieselbe namentlich in einer Entscheidung hervorgehoben, welche Paulus bei der Gelegenheit abgibt, als ein mit seinem Pfandrechte unbekannter Gläubiger aus einem mit der Pfandschuld außer Zusammenhang stehenden Grunde das Eigenthum der verpfändeten Sache später vom Verpfänder erworben hat¹²⁶⁾. Paulus beantwortet nämlich die Frage;

num quid pignoris jus extinctum sit dominio acquisito?
mit der Unterscheidung:

Non potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse.

Das pignoris jus ist das ganze theils aus dem Pfandrealecontracte, theils aus der Pfandübereinkunft entsprungene Pfandrechtsverhältniß. Von diesem ganzen Pfandrechtsverhältniß soll, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, das pignus, d. h. nicht etwa bloß das Verhältniß des Pfandbesitzes, obgleich auch

¹²⁵⁾ l. 29 D. de pignor. act. (13. 7), l. 21 D. de usurpat. (41. 3).
— ¹²⁶⁾ l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 3).

dieses — betreffe es juristischen oder bloß natürlichen Besitz — in Vereinigung mit dem Eigenthume durch den Eigenthumsbesitz verdeckt und wirkungslos wird¹²⁷⁾, sondern das volle Pfandrealecontractsverhältniß untergehen; dagegen das Erzeugniß der Pfandübereinkunft, die hypothecaria actio, oder — wie hier mit Rücksicht auf das zu Grunde liegende pactum pignoris enger Sinn gesagt ist — die pignoratitia (in rem) actio¹²⁸⁾ fort dauern; und zwar fort dauern aus dem auf die Fassung der Formel hinweisenden Grunde, weil gütlich eine Pfandübereinkunft geschlossen ist und der Eigenthums-erwerb unter den in Frage stehenden Umständen nicht als satisfactio betrachtet werden kann¹²⁹⁾, der Gläubiger vielmehr nach wie vor rechtlich interessirt ist, als Pfandgläubiger behandelt zu werden.

Der Grund für die Ungültigkeit des Pfandrealecontractes eines Pfandnehmers, welcher zugleich Eigenthümer der verpfändeten Sache ist oder wird, liegt darin, daß es in der Regel der bona fides widerspricht, dem Eigenthümer seine Sache bloß vorübergehend zur Sicherung einer Forderung belassen zu wollen und denselben einerseits zur fleißigen Bewahrung für verpflichtet, andererseits zur Forderung von Ersatz für Verwendungen oder in Folge Besitzes erlittene Schäden¹³⁰⁾ für berechtigt zu erachten¹³¹⁾. Dieser Grund trifft jedoch nicht immer zu, namentlich dann nicht, wenn der Pfandgläubiger das Pfand, welches er vergeblich zu verkaufen suchte, eigenthümlich sich zuschlagen läßt, oder dasselbe, sofern es der erste Pfandgläubiger zum Verkauf bringt, als zweiter Pfandgläubiger käuflich ersteht.

Im ersten Falle ist nämlich dem Verpfänder gesetzlich eine Zeit lang die Wiedereinlösung gestattet¹³²⁾, mit der Wirkung, alles so herzustellen, als ob der Pfandgläubiger niemals Eigenthümer gewesen wäre¹³³⁾, weshalb ihm zu dem etwa erforderlichen Zwange ebenso lange die pignoratitia actio directa verbleiben muß, obgleich der Gläubiger, weil er seinerseits vom Contracte zurückgetreten ist, die pignoratitia actio contraria verloren hat¹³⁴⁾.

Im zweiten Falle würde es wider den guten Glauben verstößen, wenn der zweite Pfandgläubiger dem vertragsmäßigen Rechte des Verkaufs der verpfändeten Sache den Ankauf zu dauerndem Haben derselben substituiren wollte und nicht dem alleinigen Bedürfnis ent-

¹²⁷⁾ l. 59 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — — ¹²⁸⁾ C. §. 13 not. 41. — — ¹²⁹⁾ C. §. 13. — — ¹³⁰⁾ cf. l. 16 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7) — vel morbosum. — l. 31 D. eod., l. 61 §. 3. 5 D. de furt. (47. 2). — — ¹³¹⁾ l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3). — — ¹³²⁾ l. 24 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 3 §. 3 C. de jure dom. impetr. (8. 34). — — ¹³³⁾ l. 63. §. 4 D. de acquir. rer. dom. (41. 1). — — ¹³⁴⁾ l. 24 pr. D. de pignor. act. (13. 7).

sprechend nur zur Erhaltung seiner Forderungssicherheit das vom ersten Gläubiger zum Verkauf gestellte Pfand an sich zu bringen trachtete; weshalb Modestinus mit Recht sagt: *Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi domini, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse*¹³⁵⁾. — Folgende bleibt auch hier des Eigenthumsverkehrs ungeachtet der zweite Pfandgläubiger gegen Empfang der Zahlung dem Verpfänder zur Rückgabe der Sache verpflichtet¹³⁶⁾ und zu dem Ende der *actio pignoratitia directa* unterworfen, wie namentlich aus nachstehendem Bruchstücke hervorgeht:

Papinianus lib. 3 Responsorum¹³⁷⁾.

Fidejussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet; ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.

Für den mit Uebernahme der Pfänder zahlenden Bürgen¹³⁸⁾ kann nur der ebenso zahlende Pfandgläubiger als Vorbild aufgestellt sein. Nach Papinian soll also der Bürge, welcher die Pfänder vom Pfandgläubiger durch Kauf und dadurch bewirkte Zahlung eigenthümlich erwarb, mag er mit der *actio mandati directa* beklagt werden oder mit der *actio mandati contraria* klagen, culpa zu prästiren haben, gleich dem Pfandgläubiger, welcher vom ersten Pfandgläubiger behuf dessen Befriedigung die Pfänder kaufte, obwohl nur der Pfandgläubiger, nicht auch der Bürge, durch die *actio pignoratitia directa*, oder — wie sie hier heißt — durch die im Edicte über das gegebene Pfand aufgestellte Klage¹³⁹⁾ belangt werden kann. Gegen den zweiten Pfandgläubiger wird also die Zulässigkeit der *pignoratitia actio* bejahet, indem sie gegen den Bürgen verneint wird.

So viel vom Pfandrealecontracte, der übrigens nicht bloß durch Einräumung juristischen oder natürlichen Besizes, sondern nach einer späteren Erweiterung auch durch Einräumung juristischen oder natürlichen Quasibesizes begründet werden kann, so daß nicht bloß bewegliche und unbewegliche Sachen¹⁴⁰⁾, sondern auch persönliche Dienstbarkeiten¹⁴¹⁾ und *servitutes praediorum rusticorum*¹⁴²⁾ tägliche Gegenstände desselben bilden.

¹³⁵⁾ l. 6 D. de distr. pign. (20. 5). C. §. 23. — — ¹³⁶⁾ l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). C. §. 23. — — ¹³⁷⁾ l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ¹³⁸⁾ C. §. 23. — — ¹³⁹⁾ C. §. 77 not. 45. — — ¹⁴⁰⁾ l. 6 §. 1, l. 8 pr. l. 25, l. 39, l. 43 pr. D. de pignor. act. (13. 7). — — ¹⁴¹⁾ l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — cf. l. 1 §. 1 fin. D. commod. (13. 6), l. 17 pr. D. praescr. verb. (19. 5). — Stephan. schol. zu Basil. XIII, l. c. 1 §. 1 (Heimb. II, p. 1). — — ¹⁴²⁾ l. 12 D. de pign. et hyp. (20. 1).

Die Pfandübereinkunft oder das Pfandpactum. — Allg. §. 13. gemeines. Die Pfandübereinkunft oder das Pfandpactum, conventio oder pactum hypothecae pignorisve, auch pignus genannt von pactum, quo quis res pignori futuras pepigisset¹⁾, ist derjenige Vertrag, vermöge dessen ich einem Gläubiger das Recht einräume, zur Sicherung seiner Forderung irgend ein näher bestimmtes Stück meines Vermögens oder auch jedes einzelne Stück meines Vermögens als Hypothek oder als pignus zu verfolgen (Specialverpfändung, Generalverpfändung). Als ein einfaches pactum²⁾, welches nichts, als den unter Gegenwärtigen oder Abwesenden ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Consens der Parteien³⁾ voraussetzt, ist die Pfandübereinkunft in jedem Pfandrealecontracte enthalten⁴⁾, und stillschweigend außer der verpfändeten Hauptsache auf alles erstreckt, was sich aus derselben nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge natürlich oder rechtlich entwickelt, so daß z. B. mit gleicher Priorität⁵⁾ das Pfandrecht an der Hauptsache deren spätere Früchte⁶⁾, das Pfandrecht an einer Sklavin deren später geborene Kinder⁷⁾, das Pfandrecht am Nießbrauche die später vermöge des Rechts gezogenen Nutzungen⁸⁾, das Pfandrecht an einem Gegenstande nach dessen jure creditoris geschehenen Verkaufe das gelöste Kaufgeld⁹⁾, das Pfandrecht am pfandrehtlich verfolgten Streitgegenstande den gezahlten Streitwerth¹⁰⁾, das Pfandrecht am nomine die gezahlten res debitae¹¹⁾,

¹⁾ Gaj. IV, 147. — §. 3 J. de interd. (4. 15). — — ²⁾ l. 17 §. 2 D. de pact. (2. 14), l. 1 pr. §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 4, l. 34 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 4, l. 12 §. 10 D. qui potior. (20. 4), l. 44 §. 5 D. de usurpat. (41. 3), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31) — pactum pignoris. C. §. 12 not. 65. — l. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 66 pr. D. de furt. (47. 2) — fr. Vat. §. 266. — Schöl. 3 zu Basil. XXV, 1 c. 9 (Heimb. III, p. 56). — — ³⁾ l. 4, l. 23 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 2, l. 9 C. quae res pign. (8. 17), l. 2 C. de remiss. pign. (8. 26), l. 4 D. de fide instrum. (22. 4), l. 3 §. 2 D. qui potior. (20. 4). — l. 2 pr. D. de pact. (2. 14). — l. 13 §. 11 D. loc. cond. (19. 2). — — ⁴⁾ cf. l. 1 §. 3. 4 D. de pact. (2. 14), l. 1 pr. §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1). — C. §. 12. — — ⁵⁾ l. 11 §. 3 D. qui potior (20. 4). — cf. Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 180 ff. — — ⁶⁾ l. 3 C. ex quib. caus. pign. (8. 15), l. 1, l. 2, l. 3 C. de pignor. act. (4. 24), l. 8 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. 32 §. 1 D. ad Scit. Vellej. (16. 1), l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — Ueber Paul. sent. rec. II, 5 §. 2 f. Hußke Stud. S. 371 u. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 263 ff. Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 158 ff. Dernburg Pfandr. Iht. I, S. 441 f. S. 232 ff. — — ⁷⁾ l. 1 C. de partu pign. (8. 25), l. 29 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 26 §. 2 D. eod. cf. l. 26 §. 2 D. de fideicomm. libertat. (40. 5). — — ⁸⁾ l. 15 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. l. 11 §. 3 D. qui potior (20. 4). — — ⁹⁾ C. §. 12 not. 79. — — ¹⁰⁾ C. §. 101. — — ¹¹⁾ l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — S. §. 14.

das Pfandrecht des jüngeren Pfandgläubigers die durch den Pfandverkauf des älteren Pfandgläubigers dem Verpfänder auf die *hypotheca* erwachsene *pignoratitia actio*¹²⁾, das Pfandrecht an einer Sache die durch Verletzung eines derselben zustehenden Servitutrechts, durch Eigenthumsgemeinschaft oder Grenzverwirrung, durch Raub, Entwendung oder Beschädigung für den Eigenthümer entstandenen *actiones confessoriae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*¹³⁾, *vi bonorum raptorum*¹⁴⁾, *furti*¹⁵⁾, *damni injuria dati*¹⁶⁾ u. s. w. begreift. Bewirkt dagegen wird durch das Pfandpactum nicht mehr und nicht weniger, als die *actio Serviana*¹⁷⁾ beziehungsweise *quasi Serviana*¹⁸⁾, welche — gleich allen anderen Klagen¹⁹⁾ — unter geeigneter processualischer Conjunction zur *exceptio* sich gestaltet²⁰⁾ und das Pfandrecht dergestalt erschöpft, daß dasselbe mit deren Verjährung oder Verjährung untergeht²¹⁾, mit deren Cession übergeht²²⁾, ohne deren wirkliche oder fingirte Cession aber gar nicht übertragbar ist²³⁾, und ebenso passend von Papinian als *jus persequendi pignoris*²⁴⁾ beschrieben wird, wie dem Jeno beliebt, die verpfändeten Gegenstände *res in actionibus constitutae*²⁵⁾ zu nennen. Hinaus über die Wirkung des Pfandpactum liegt also auf der einen Seite der obligatorische Schutz, auf der anderen Seite das Verkaufszrecht. Jenen vermag nur der Pfandrealecontract durch die persönlichen *pignoratitiae actiones* zu gewähren, dieses ist auf

¹²⁾ l. 12 §. 5 D. qui potior (20. 4). — §. 14 not. 60 und §. 35. —
¹³⁾ l. 16 D. de servit. (8. 1), l. 9 D. de oper. nov. nunc. (39. 1),
 l. 1 §. 5 D. de remiss. (43. 25), woselbst petitionem servitutis zu lesen
 iii. cf. Cujac. obs. I, 16. — l. 7 §. 13 D. comm. div. (10. 3), l. 2
 C. eod. (3. 37), l. 4 §. 9 D. fin. reg. (10. 1), l. 21 D. quae in fraud.
 cred. (42. 8). — §. 16 und §. 24. — — ¹⁴⁾ l. 22 §. 1 D. de pignor.
 act. (13. 7), l. 2 §. 22 D. vi bon. raptor. (47. 8). — §. 16. — —
¹⁵⁾ §. 16. — — ¹⁶⁾ l. 30 §. 1 D. de leg. Aquil. (9. 2), l. 27 D. de
 pign. et hyp. (20. 1). — §. 16. — — ¹⁷⁾ §. 7 J. de act. (4. 6), nicht
 zu verwechseln mit der Serviana actio des bonorum emtor. — §. 3. —
¹⁸⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6), l. 13 §. 1 D. ad Sct. Vellej. (16. 1).
¹⁹⁾ l. 1 §. 3 D. de superfic. (43. 18), l. 156 §. 1 D. de reg. jur.
 (50. 17). — — ²⁰⁾ l. 10, l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 12
 pr. D. qui potior (20. 4), l. 6 §. 9 D. com. div. (10. 3), l. 19 D. de exc.
 rei jud. (44. 2), l. 1 C. de non num. pac. (4. 30). — — ²¹⁾ a. l. 27 pr.
 D. de noxal. act. (9. 4). — Schol. 1—4 zu Basil. LX, 5 c. 27 (Heimb.
 V, p. 364). cf. l. 15 §. 25 D. de damn. inf. (39. 2), l. 27, l. 29 §. 2 D.
 de pign. et hyp. (20. 1). — b. l. 7 C. de praeser. 30 ann. (7. 39). — —
²²⁾ l. 2, l. 11, l. 21 C. de fidej. (8. 41), l. 13 D. de distr. pign.
 (20. 5). — §. 23. — l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). — §. 24. — —
²³⁾ l. 66 pr. D. de evict. (21. 2). — §. 17. — l. 5 §. 2 D. quib. mod.
 pign. (20. 6). — — ²⁴⁾ l. 37 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5). — cf.
 Cujac. ad Papin. resp. (opp. IV, p. 1277). — — ²⁵⁾ l. 2 pr. C. de qua-
 drienn. praeser. (7. 37), cf. l. 3 C. eod.

ein besonderes pactum de vendendo zurückzuführen, welches an sich mit dem Pfandrechte im engeren Sinne nichts gemein hat, vielmehr unbeschadet jenes Begriffs ganz fehlen kann²⁶⁾.

Die actio Serviana sowohl²⁷⁾, als die actio quasi Serviana²⁸⁾ verdanken ihr Dasein dem Honorarrecht. Der Prätor Servius verlieh zuerst dem Verpächter wegen aller möglichen vom Pächter für die Pacht verpfändeten Gegenstände die Serviana actio²⁹⁾, welche später als quasi Serviana³⁰⁾ oder utilis Serviana³¹⁾ oder in nachlässiger Redeweise ohne Beisatz gleichfalls als Serviana actio³²⁾ auf alle übrigen Verpfändungen zu Hypothek und zu pignus ausgedehnt und in dieser Ausdehnung hypothecaria actio genannt wurde³³⁾, der die formula hypothecaria entsprach³⁴⁾.

Die Bestandtheile dieser Formel bleiben sich vollkommen gleich, mag ein pactum hypothecae oder ein pactum pignoris zu Grunde liegen, weshalb in solcher Beziehung jeder Unterschied zwischen Hypothek und pignus ausdrücklich verneint wird³⁵⁾, und weder Gajus noch Marcianus Anstand nehmen, nach Anleitung der formula hypothecaria die ganze Theorie des Pfandrechts zu erörtern³⁶⁾. Gleichwohl ist die Ausdehnung der Serviana actio des Verpächters

²⁶⁾ l. 5 §. 21 D. ut in poss. legator. (36. 4), l. 114 §. 12 D. de legat. I (30). — Dahin gehört ferner das Pfandrecht an dem redemptus (s. Bachofen Pfandr. Thtl. I §. 273 ff.) und in gewissem Grade selbst das Conventionalpfandrecht, dem das Verkaufrecht von den Parteien abichtlich nicht beigelegt ist [l. 4 D. de pignor. act. (13. 7)]. — l. 3 D. quae res pignori (20. 3). — l. 73 D. de furt. (47. 2), cf. Schol. I zu Basil. LX, 12 c. 73 (Heimb. V, p. 525). — — ²⁷⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6). — — ²⁸⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6), l. 17 §. 2 D. de pact. (2. 14). — — ²⁹⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6), l. 2 D. de Salv. interd. (43. 33), l. 1 C. de prec. et Salv. interd. (8. 9). — cf. Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 179 f. — — ³⁰⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6), l. 13 §. 1 D. ad ScT. Vellej. (16. 1). — — ³¹⁾ l. 1 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 10 D. eod. l. 1 C. de prec. et Salv. (8. 9), l. 1 C. com. de legat. (6. 43). — In l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6) hat utilis Serviana die Bedeutung von utilis quasi Serviana. — §. 23. — — ³²⁾ l. 10 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 17 §. 1 D. ad ScT. Vellej. (16. 1), l. 66 pr. D. de evict. (21. 2), l. 36 D. de noxal. act. (9. 4), l. 4 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 42 §. 4 D. de procur. (3. 3), l. 29 D. fam. herc. (10. 2), l. 59 pr. D. ad ScT. Treb. (36. 1) u. f. w. vergl. Bachofen Pfandr. Thtl. I §. 28 f. — — ³³⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6), l. 13 §. 1 D. ad ScT. Vellej. (16. 1), l. 29 D. fam. herc. (10. 2), l. 4 §. 30 D. de doli exc. (44. 4), l. 1 C. com. de legat. (6. 43). — — ³⁴⁾ Siehe Ueberschrift zu l. 17, l. 19, l. 33 D. de pignor. act. (13. 7), l. 4, l. 5, l. 11, l. 13, l. 15, l. 16 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 2, l. 5 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. 1, l. 2 D. quae res pign. (20. 3), l. 11, l. 12 D. qui potior. (20. 4), l. 5, l. 7 D. de distr. pign. (20. 5), l. 5, l. 7, l. 8 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 49 D. de solut. (16. 3). — — ³⁵⁾ §. 7 J. de act. (4. 6), l. 5 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1) — — ³⁶⁾ Siehe die Citate in not. 34.

auf andere Hypotheken durch das Edict selbst³⁷⁾, auf andere pignora dagegen durch das Juristenrecht geschehen³⁸⁾. Dieser geschichtliche Unterschied, verbunden mit dem Umstande, daß die hypothecarische Klage dem Kläger bei der Hypothek bloß Detention, beim pignus aber Interdictsbesitz verschafft³⁹⁾, ist Veranlassung, daß hin und wieder von der hypothecaria Serviana eine pignoratitia Serviana unterschieden⁴⁰⁾ oder der auf das pactum hypothecae gegründeten hypothecaria actio oder hypothecae persecutio eine auf das pactum pignoris gestützte pignoratitia actio oder pignoris persecutio entgegengesetzt wird⁴¹⁾, welche letztere Klage dann auch wohl zur Unterscheidung der aus dem Pfandrealcontracte abfließenden pignoratitia in personam actio als pignoratitia in rem actio sich bezeichnet findet⁴²⁾. Irrig würde es aber sein, der pignoratitia actio wegen dieser verschiedenen Bezeichnung eine von der hypothecaria actio verschiedene Formel beizulegen.

Die hypothecarische Klage gewährt dem Pfandgläubiger Recht und Macht, zur Sicherung seiner Forderung diejenigen Klagrechte auszuüben, welche der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung hinsichtlich des verpfändeten Rechts entweder bereits wirklich geltend machen konnte, oder doch wenigstens für den Fall der Verletzung würde haben geltend machen können, so daß Paulus z. B. die Verpfändung der Superficies aus dem Grunde für zulässig erklären darf: quia hodie utiles actiones superficiariis dantur⁴³⁾. Die Verpfändung begründet sonach eine eigenthümliche Succession in das betreffende

³⁷⁾ §. 7. 31 J. de act. (4. 6). — ³⁸⁾ l. 12 §. 10 D. qui potior (20. 4): Nam et in pignore placet. — ³⁹⁾ C. §. 12. — ⁴⁰⁾ l. 2 §. 3 D. ad exhib. (10. 4): Etiam pignoratitia Serviana, sive hypothecaria, quae creditoribus competunt. — ⁴¹⁾ l. 11 §. 10, l. 19, l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 9 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6) — als utilis pignoratitia actio. l. 22 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 41 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 C. si aliena res (8. 16), l. 13 D. de condict. indeb. (12. 6) in Verbindung mit l. 18 §. 4 D. de pignor. act. (13. 7), l. 2 C. per quas pers. (4. 27). Hypothecaria actio seu pignoris vinculum. — Pignoratitia exceptio l. 6 §. 9 D. com. div. (10. 3). — cf. Schol. 6 zu Basil. XI, 1 c. 7 §. 3—6 (Heimb. I, p. 565), wesselbst dem pignus vier Klagen zugeschrieben werden, nämlich die pignoratitia, die Serviana, die quasi Serviana und die hypothecaria. — Schol. 12 zu Basil. XIV, 1 c. 27 §. 5 (Heimb. II, p. 111 sq.): την ἐνοχυατικήν καὶ τὴν πυρρετατικήν. — ⁴²⁾ l. 7 §. 12 D. com. div. (10. 3). — cf. Schol. 19 zu Basil. XII, 2 c. 7 §. 12 (Heimb. I, p. 802). — ⁴³⁾ l. 16 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), cf. l. 1 §. 6 D. de superfic. (43. 18), wesselbst statt petitori quoque in superficiem dari zu lesen ist: Pignori quoque insuper superficiem dari. — Huchse in Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. Bd. 20 S. 190.

Recht des Verpfänders⁴⁴⁾, welche sich von der gewöhnlichen Singularsuccession in ähnlicher Weise unterscheidet, wie die durch Einräumung einer Servitut⁴⁵⁾ von der durch Uebertragung des Eigenthums hergestellten Singularsuccession, indem nicht, wie hier, der ganze Inhalt des Rechts, sondern, wie dort, nur ein gewisser Theil desselben, und zwar zum Unterschiede von den Servituten, gerade der zur Sicherung einer Forderung geeignete Theil desselben, vom Auctor auf den Nachfolger übergeht, der Rest aber, als eigentlicher Kern mit dem Triebe, das Getrennte wieder an sich zu ziehen, im Vermögen des Auctor zurückbleibt. Ähnlich den Servituten ist daher auch das Pfandrecht ein jus in re⁴⁶⁾, so jedoch, daß dasselbe gleich dem Nießbrauche, nicht bloß an körperlichen, sondern auch an unkörperlichen Sachen⁴⁷⁾, an dinglichen und an persönlichen Rechten, ja am Pfandrecht selbst Statt finden kann, und Gajus zu sagen befugt ist: Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest⁴⁸⁾.

Die Formel der hypothekarischen Klage ist in factum concipirt⁴⁹⁾; denn gegründet auf ein pactum, in welchem, wie in allen pactis,

⁴⁴⁾ l. 4 §. 30 D. de doli exc. (44. 4) in Verbindung mit l. 4 §. 27—29 D. eod. — l. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2) in Verbindung mit l. 14 §. 1—3 D. de div. temp. praesc. (44. 3). — — ⁴⁵⁾ l. 6 §. 5 D. de act. E. V. (19. 1). — — ⁴⁶⁾ l. 30 D. de noxal. act. (9. 4), l. 19 pr. D. de damn. inf. (39. 2), l. 8 §. 1 C. de praescr. 30 ann. (7. 39), cf. l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. (47. 8), l. 28 D. de pign. et hyp. (20. 1). Die Eigenschaft des Pfandrechts als jus in re macht sich unter anderem geltend bei der Theilung mehrerer in solidum bestellter Pfandrechte gleicher Priorität (§. 26), bei des Pfandgläubigers actio furti, vi bonor. raptor. legis Aquiliae und condictio furtiva (§. 16 lit. b. und folgende Seiten), endlich bei des Pfandgläubigers condictio sine causa gegen denjenigen Pfand- oder Handschriftsgläubiger, welcher vom gemeinschaftlichen Schuldner Geld, an dem der Condicent ein Pfandrecht beziehungsweise besseres Pfandrecht hatte, gezahlt empfangen und consumirt hat, soweit dadurch das Pfandrecht des Condicenten vereitelt und der Beklagte auf Unkosten des Condicenten bereichert worden ist. l. 18 §. 10, l. 19, l. 20, l. 21 D. de jure fisci (49. 14), l. 5 C. de priv. fisci (7. 73), cf. l. 22 §. 6 C. de jure deliber. (6. 30) — vel per conditionem ex lege. — — ⁴⁷⁾ Gaj. II, 14. 35. III, 83. — l. 1 §. 1 D. de divis. rer. (1. 8), §. 2 J. de reb. corp. (2. 2). Epit. Gaj. II, 1 §. 2. 3. — — ⁴⁸⁾ l. 9 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. l. 1 §. 2 D. quae res pign. (20. 3). — — ⁴⁹⁾ Schol. 2 zu Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727): ἡ Σερβιανὴ ἀγωγή οὕτως κινεῖται· Εἰ φαίνεται τόνδε ὑποθέσθαι τῷδε τὸ πᾶν, καὶ μὴτε καταβεβληκέναι τὸ χρέος, μὴτε παρ' αὐτῶν τοῦ δανειστοῦ μὴ καταβεβληκέναι. — Servianae actionis hanc esse formulam: Si paret, illum illi rem pignori obligasse, nec debitum solvisse nec per creditorem factum esse, quominus solveretur. — cf. Gaj. IV, 45. 46.

factum versatur⁵⁰⁾, erfordert sie nur das verum esse gewisser Thatsachen⁵¹⁾, welche in der intentio zu mehreren Gruppen vereinigt werden, so daß sich drei verschiedene Theile der intentio unterscheiden lassen.

Die ersten beiden Theile fassen diejenigen Thatsachen zusammen, welche vom Kläger zu beweisen sind, und werden nach dieser Richtung von Marcian im liber singularis ad formulam hypothecariam folgendermaßen beschrieben⁵²⁾:

I. Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit:

sed et si hoc probet actor,

II. illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore; aut cujus voluntate hypotheca data sit.

Da von dem Beweissatze auf die Begründung und Formulirung geschlossen werden darf — probare ist ja nichts anderes als intentionem implere⁵³⁾ —, so enthält nach Marcian der erste Theil der intentio in der Thatsache, daß zwischen dem Gläubiger und Verpfänder zur Sicherung einer Schuldforderung⁵⁴⁾ über einen gewissen Gegenstand ein Pfandpactum abgeschlossen worden⁵⁵⁾, den Grund, welcher den Gläubiger berechtigt, das verpfändete Recht mit einer auf Sicherung seiner Schuldforderung beschränkten Wirksamkeit klagend zu verfolgen; der zweite Theil dagegen in der Thatsache, daß der verpfändete Gegenstand zur Zeit der Verpfändung zum Vermögen des Verpfänders gehört habe (in bonis debitoris fuisse⁵⁶⁾, ad debi-

⁵⁰⁾ l. 27 §. 2 D. de pact. (2. 14), Schol. 8 zu Basil. XI, 1 c. 27 (Heimb. I, p. 600). — — ⁵¹⁾ l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 13 §. 1 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1) cf. Gaj. IV, 126. 131. 134. — Lex Thoria c. 19. — l. 11 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 33 D. de pignor. act. (13. 7), l. 90 D. de V. O. (45. 1). — — ⁵²⁾ l. 23 D. de probat. (22. 3). — — ⁵³⁾ l. 19 pr. D. de probat. (22. 3), l. 3 §. 3 D. de testib. (22. 5), l. 9 C. de O. et A. (4. 10), l. 16, l. 20 C. de probat. (4. 19), l. 9 C. de except. (8. 36), l. 14 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 21, l. 28 C. de reiv. (3. 32), l. 9 C. de long. t. praeser. (7. 33), l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5. 45), l. 5 pr. D. de manum (40. 1). — — ⁵⁴⁾ l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), §. 7 J. de act. (4. 6), l. 10 C. de pignor. act. (4. 24), l. 4 C. quae res pign. (8. 17), l. 1 C. si pign. conv. (8. 33), l. 1, l. 3 C. de non num. pec. (4. 30), cf. l. 28, l. 33 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁵⁵⁾ l. 13 §. 1 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), §. 7 J. de act. (4. 6), l. 4, l. 10, l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 12 pr. D. qui potior. (20. 4), l. 1 C. si pign. conv. (8. 33). — — ⁵⁶⁾ l. 15 §. 1, l. 1 §. 2, l. 3 pr. l. 9 pr. l. 29 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 9 §. 3, l. 11 §. 3 D. qui potior (20. 4), l. 6 C. quae res pign.

torem pertinere)⁵⁷⁾, diejenigen Momente, welche das vom Gläubiger mit beschränkter Wirksamkeit für seine Zwecke klagend zu verfolgende Recht des Verpfänders ausmachen.

Der erste Theil hat weder dinglichen, noch persönlichen Charakter; erst der zweite Theil liegt im Gebiete dieses Gegensatzes und macht aus der Pfandklage eine actio in rem oder eine actio in personam, je nachdem das pfandrechtlich verfolgte Recht des Verpfänders dinglich oder persönlich ist. Daraus erklärt sich der für die Pfandklage vorzugsweise gebrauchte Ausdruck *persecutio*⁵⁸⁾; denn der Pfandgläubiger hat kein jus nach Civilrecht, keine actio und petitio, sondern nur vermöge der *jurisdictio* eine *persecutio*, d. h. ein Rechtsmittel, um auf Grund des in einem einfachen pactum niedergelegten Parteiwillens⁵⁹⁾ zur Sicherung seiner Forderung actiones und petitiones des Verpfänders zu verfolgen⁶⁰⁾.

Bei Papinian im ersten Buche seiner Definitionen heißt es demgemäß⁶¹⁾:

Actio in personam infertur; petitio in rem; persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia.

Der persönlichen actio und der dinglichen petitio wird als drittes Glied der sei es im ordo judiciorum, sei es extra ordinem zu verhandelnden Klagen die bald dingliche, bald persönliche persecutio zur Seite gestellt. Der Begriff der persecutio paßt auf die hypothecaria actio theils wegen der öfter wiederkehrenden Dreitheilung der Klagen in personales — in rem — hypothecariae⁶²⁾,

(§. 17), l. 5, l. 6 C. si aliena res (§. 16) in Verbindung mit l. 49 D. de V. S. (50. 16), l. 4 §. 32 D. de exc. doli (44. 4), l. 1, l. 43 D. de usu et usufr. leg. (33. 2), l. 1 C. si vend. pign. (8. 30), l. 34 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — cf. l. 1 §. 5 D. de migr. (43. 32). — — ⁵⁷⁾ cf. l. 5, l. 181 D. de V. S. (50. 16). — — ⁵⁸⁾ Die Beläge s. bei Büchel Natur des Pfandrechts (erste Ausg.) S. 106 not. 20. — Bachofen Pfandr. Thl. 1 S. 31 not. 6. — — ⁵⁹⁾ l. 23 C. de pign. et hyp. (8. 14). — — ⁶⁰⁾ cf. l. 68 D. de reg. jur. (50. 17). — Persecutio actionis alienae. — l. 57 D. de jure dot. (23. 3). — Filii obligatio, patris persecutio. — l. 69 D. de fidej. (46. 1): habet enim in utraque causa adhuc illius debiti persecutio. — Daher auch die Verpfändungsformel: per earum (sc. rerum) exactionem satisfieri tibi promitto. l. 9 C. quae res pign. (8. 17). — —

⁶¹⁾ l. 28 D. de O. et A. (44. 7). Anders erklärt bei v. Savigny Syst. Bd. 5 S. 8 ff. — — ⁶²⁾ l. 11 C. depos. (4. 34), [cf. §. 30 J. de act. (4. 6), Schrader ad h. l.]. — l. 1, l. 2, l. 3 §. 2 C. com. de legat. (6. 43), §. 2 J. de legat. (2. 20): actiones personales — in rem — hypothecariae — l. 23 §. 1 C. de ss. eccles. (1. 2). — l. 3 pr. C. de praescr. 30 annor. (7. 39). — Ebenso steht die hypothecaria actio im Gegensatz bald zur in rem actio, bald zur in personam actio. — a. l. 30 C. de jure dot. (5. 12), l. 3 C. de quadriennii praescr. (7. 37), Theophil. II, 6 §. 14. — b. l. 2 C. de luit. pign. (8. 31), l. 1, l. 2 C. si unus ex plurib. (8. 32), l. 9 C. qui potior

wonach der hypothecaria actio auch in 'den Pandecten ihr Platz angewiesen ist ^{62a)}, theils wegen des Umstandes, daß extraordinariae persecutiones nur in personam bekannt sind ⁶³⁾, theils endlich, weil die hypothecaria actio nach Verschiedenheit der Fälle selbst noch im Eoder bald als persecutio in rem bezeichnet ⁶⁴⁾, bald den persönlichen Klagen beigezählt wird ⁶⁵⁾, niemals aber Bereicherung bezweckt (poena), sondern stets erhoben wird, um zur Sicherung gegen eine Vermögensverletzung den Besitz einer Sache zu erlangen (rei persequendae gratia) ⁶⁶⁾.

Dieser durch die Pfandklage zu erlangende Besitz ist unter allen Umständen Pfandbesitz, der zwar, je nachdem aus einem pactum pignoris oder aus einem pactum hypothecae geklagt ist, in Interdictsbesitz oder in einfacher Detention besteht, immer aber als des animus domini entbehrend ⁶⁷⁾, mehr oder weniger im Namen des Verpfänders ausgeübt wird ⁶⁸⁾ und gleichmäßig des Schutzes einer dinglichen Pfandklage sich erfreut.

Demnach hat nicht bloß die dingliche, sondern auch die persönliche Pfandklage den Erfolg, eine dingliche Pfandklage für den Gläubiger hervorzubringen, und das ist es, worauf die Aeußerung Ulpian's im achten Buche zum Edict sich bezieht ⁶⁹⁾:

Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori; denn Ulpian sagt nicht, die pignoris persecutio sei immer eine actio in rem, eben weil sie bald in rem, bald in personam angestellt wird; Ulpian sagt vielmehr, die pignoris persecutio erzeuge (parit) immer eine actio in rem, was wahr ist, da selbst der mit der persönlichen Pfandklage erstrittene Pfandbesitz durch eine hypothecaria in rem actio geschützt wird.

Diese meistens verkannte und doch in ihren Folgen so wichtige

(8. 18), l. 12 §. 1 C. eod. — l. 8, l. 14, l. 24 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 2 C. per quas person. (4. 27) cett. — — ^{62a)} Dig. lib. V—VIII, dingliche Klagen; lib. IX—XIX, persönliche Klagen; lib. XX, Pfandklage. — — ⁶³⁾ cf. v. Savigny Syst. Bd. 5 §. 64 f. — — ⁶⁴⁾ l. 18 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 9 C. qui potior (8. 18). — — ⁶⁵⁾ l. 1 §. 1 C. de annali exc. (7. 40). — — ⁶⁶⁾ a. l. 66 pr. D. de evict. (21. 2): nudam possessionem advocat. — l. 36 D. de noxal. act. (9. 4), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 12 pr. §. 7 D. qui potior (20. 4), l. 8 §. 8 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 2 C. de pign. et hyp. (8. 14). — l. 10 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1 §. 1 D. de interd. Salv. (43. 33) in Verb. mit Schol. 2 zu Basil. LX, 17 c. 28 §. 1 (Heimb. V, p. 593). — Ferner Schol. 5 zu Basil. LX, 3 c. 36 (Heimb. V, p. 369). b. l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — §. 14. — — ⁶⁷⁾ l. 13 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), l. 13 pr. D. de usurp. (41. 3); l. 114 §. 12 D. de legat. I (30), l. 22 §. 1 D. de noxal. act. (9. 4). — — ⁶⁸⁾ l. 13 pr. l. 16 D. de usurp. (41. 3), l. 7 §. 2 C. de praescr. 30 ann. (7. 39). — Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 54 (Heimb. III, p. 66). — — ⁶⁹⁾ l. 17 D. de pign. et hyp. (20. 1).

Bedeutung des Ulpian'schen Bruchstücks bewährt sich, mag mit der Pfandklage der unmittelbar verfolgte Streitgegenstand oder nur dessen Geldwerth erstritten sein; denn auch an der *litis aestimatio* erwirbt der Pfandgläubiger, welcher dem Verpfänder, je nachdem dieser selbst oder ein Dritter den Streitwerth bezahlt, Eigenthum beläßt oder Eigenthum erwirbt, zunächst nur Pfandbesitz, um denselben erst später zur zutreffenden Summe durch Compensation des Pfandrechts und der aus dem Pfandrealscontracte entspringenden Pfandrückgabeverbindlichkeit zur definitiven Befriedigung zu verwenden. Zum Beweise dient, daß das den Streitwerth bildende Interesse des Pfandgläubigers dahin geht, statt der bisher in dem Pfandgegenstande gehaltenen Sicherheit eine gleiche Sicherheit in dessen Geldwerthe zu erlangen⁷⁰⁾; daß der Pfandgläubiger den als Interesse liquidirten Geldwerth nur bis zum Betrage seiner Forderung sich anrechnen darf, dem Ueberschusse nach aber dem Verpfänder auf dessen *pignoratitia in personam actio* entweder herauszugeben, oder — sofern der Verpfänder selbst zur Zahlung desselben verpflichtet ist — zu belassen hat⁷¹⁾, und daß der Streitwerth nicht *ipso jure* zahlungsweise, sondern bloß *ope exceptionis*⁷²⁾, *perinde ac si soluta sit pecunia*⁷³⁾, compensationsweise die Schuld aufhebt, weshalb der dritte Streitwerthszahler nicht die *actio negotiorum gestorum*, sondern nur im Fall der vom Verpfänder auf Restitution der vom Pfandrecht befreiten Sache wider ihn angestellten *reivindicatio* die *exceptio doli* zur Wiedererlangung des Gezahlten zu gebrauchen vermag⁷⁴⁾.

Vermöge des zweiten Theils der *intentio* erscheint die Pfandklage als eine subjective Erweiterung der betreffenden Klage des Verpfänders, was ihr den Namen einer *utilis actio* zuzieht⁷⁵⁾. Als *utilis actio* ist sie wieder je nach der Natur des pfandrechtlich verfolgten Rechts des Verpfänders bald *utilis petitio*⁷⁶⁾ [*vindicatio*⁷⁷⁾],

⁷⁰⁾ I. 16 §. 3. 6, I. 21 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Ueber die scheinbar abweichende I. 16 §. 4 D. eod. vergl. Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 191 ff. — ⁷¹⁾ I. 16 §. 6, I. 21 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1), I. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), cf. I. 173 §. 3 D. de reg. jur. (50. 17), I. 8 pr. D. de doli exc. (44. 4). — ⁷²⁾ I. 8 §. 19 D. quib. mod. pign. (20. 6). — ⁷³⁾ I. 12 §. 1 D. qui potior. (20. 4). — Vergl. §. 25 zu not. 34. — ⁷⁴⁾ I. 28 D. de pignor. act. (13. 7), I. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6), I. 7 §. 12 D. com. div. (10. 3). — ⁷⁵⁾ I. 1 §. 1 D. de Salv. interd. (43. 33), cf. Schol. 3 zu Basil. LX, 17 c. 28 §. 1 (Heimb. V, p. 593 sq.) — ⁷⁶⁾ I. 16 D. de servit. (8. 1), cf. I. 19 pr. D. de her. pet. (5. 3) und den Scholastiken zu Harmenopol. prochein. IV, 8 §. 28, welcher die *reivindicatio* als *actio in rem directa* der *actio in rem hypothecaria* gegenüberstellt. — ⁷⁷⁾ I. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), I. 20 C. de adm. tut. (5. 37), I. 4 C. de remiss. pign. (8. 26), I. 27 C. de pign. (8. 14), I. 30 C. de jure dot. (5. 12), I. 22 §. 11 C. de jure delib. (6. 30), I. 12 pr. D. qui potior (20. 4), Basil. XXV, 2 c. 17 (Heimb. III, p. 70).

Publiciana actio⁷⁸⁾] u. f. w., bald utilis condictio⁷⁹⁾, utilis locati actio⁸⁰⁾ u. f. w., bald sogar im Fall einer Pfandverpfändung utilis persecutio⁸¹⁾. In allen Fällen nimmt sie in ihrer Eigenschaft als utilis actio die Eigenthümlichkeiten der Pfandklage an, ist z. B. als utilis vindicatio eine dingliche arbitraria actio⁸²⁾, die nur gegen den wirklichen oder erdichteten Besitzer der Pfandsache geht⁸³⁾, zum jus iurandum in litem führt⁸⁴⁾, dem den Besitz ablenkenden Beklagten zu Gunsten des Klägers den Besitz entzieht⁸⁵⁾, und den bona fide besitzenden Nichteigenthümer der verpfändeten Sache officio iudicis verpflichtet, zwar nicht die fructus consumpti, wohl aber die fructus extantes herauszugeben, obgleich dieselben niemals Eigenthum des Verpfänders gewesen und daher selbständig zu verfolgende Gegenstände der Pfandklage mit nichten geworden sind⁸⁶⁾; ist ferner als utilis Publiciana actio der unter Umständen durch doli replicatio zu entkräftenden exceptio dominii unterworfen⁸⁷⁾, als utilis condictio eine persönliche actio str. jur., welche Einreden gegen den aus des Verpfänders Rechte entlehnten Bestandtheil nur, wenn dieselben besonders vorgeschützt und der Formel einverleibt sind, zuläßt; als utilis locati actio eine persönliche actio bon. fid. mit allen Vortheilen und Nachtheilen dieser Klaggattung im Allgemeinen, und der als Art dazu gehörigen Miethklage im Besonderen; als utilis persecutio endlich eine subjectiv ausgedehnte Klage zweiter Potenz, die sowohl durch die directe Pfandklage des Pfandverpfänders, als durch das dieser Klage wieder zu Grunde liegende Klagrecht des ersten Verpfänders charakterisirt wird.

Die besondere Eigenthümlichkeit aber, welche die Pfandklage in ihrer Eigenschaft als utilis actio vor anderen auf subjectiver Erweiterung beruhenden utiles actiones auszeichnet, besteht darin, daß das

⁷⁸⁾ l. 18, l. 21 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. l. 13 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), l. 14 D. qui potior (20. 4). — — ⁷⁹⁾ l. 20 fin. D. de pign. et hyp. (20. 1): cautionis exemplo. — l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 4 C. quae res pign. (8. 17). Petri exc. II, 40. Schöl. 1 fin. zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ⁸⁰⁾ l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1). Schöl. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 7 (Heimb. III, p. 22). — — ⁸¹⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. (20. 1), l. 1 C. si pign. pign. (8. 24). — — ⁸²⁾ §. 31 J. de act. (4. 6), l. 16 §. 3, l. 21 §. 3 D. de pign. (20. 1). — — ⁸³⁾ l. 16 §. 3 D. de pign. (20. 1), l. 2 C. si unus ex plur. her. (8. 32). — — ⁸⁴⁾ l. 16 §. 3 D. de pign. (20. 1). — — ⁸⁵⁾ nov. 18 c. 10. — Auth. item possess. C. qui potior (8. 18), cf. l. 80 D. de reiv. (6. 1). — — ⁸⁶⁾ l. 1 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1) cf. Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30, S. 182 ff. — l. 16 §. 4 D. de pign. et hyp. (20. 1). — cf. Francke a. a. O. S. 191 ff. — — ⁸⁷⁾ l. 21 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1).

verpfändete Recht in der Regel⁸⁸⁾ gerade zur Zeit der Verpfändung in dem Vermögen des Verpfänders befindlich gewesen sein muß (*eo tempore, quo convenit, in bonis debitoris fuisse*)⁸⁹⁾.

Indem nämlich einerseits nicht weniger verlangt wird, so folgt unter anderem, daß ein Gegenstand nicht weiter und nicht früher, als er zum Vermögen des Verpfänders gehört hat, verpfändet sein kann⁹⁰⁾, daß insbesondere dem Pfandgläubiger alle diejenigen Einreden schaden, welche zur Zeit der Verpfändung dem verpfändeten Rechte des Verpfänders entgegenstanden⁹¹⁾, daß der Gläubiger an einer Sache, welche zur Zeit der Verpfändung sein Eigenthum ist, kein Pfandrecht erlangen kann⁹²⁾, und der Veräußerer eines Gegen-

⁸⁸⁾ Eine Ausnahme bildet nur die Verpfändung erst später zu erwerbender Gegenstände. In diesem Falle ist bei der *actio hypothecaria* zu beweisen, daß und wann die verpfändeten Gegenstände früher zum Vermögen des Verpfänders zu gehören angefangen haben. — l. 34 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Zu dem Ende wird eine *utilis actio hyp.* gegeben. — l. 1 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 5 C. si aliena res (8. 16). — Dernburg Pfandr. § 1 §. 237 ff. — ⁸⁹⁾ l. 23 D. de probat. (22. 3), l. 3 pr. l. 9 pr. l. 15 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 11 §. 3 D. qui potior (20. 4), l. 5, l. 6 C. si aliena res (8. 16). — ⁹⁰⁾ l. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 4 §. 3 fin. D. de in diem addict. (18. 2), l. 2, l. 4, l. 6 C. si aliena res pign. (8. 16), cf. l. 1 pr. D. de pign. (20. 1). — l. 2 C. de usufr. (6. 33). — l. 1 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1) und dazu Frände im Arch. f. civ. Pr. Br. 30 §. 182 ff. — ⁹¹⁾ l. 4 §. 30 D. de exc. doli (44. 4), l. 11 §. 10 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 3 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1). — ⁹²⁾ l. 33 §. 5 D. de usurpat. (41. 3). §. 59 f. — Eine Ausnahme von dieser Regel bilden auch nicht einmal diejenigen Fälle, in denen das Gesetz für gewisse Personen gleichzeitig an derselben Sache eine *utilis in rem actio* (s. g. *utile dominium*) und eine *hypothecaria actio* (Pfandrecht) entstehen läßt; denn neben der *utilis in rem actio* des Einen besteht immer noch die *directa reivindicatio* (s. g. *dominium directum*) eines Anderen, und diese zur Zeit der Pfandrechtsentstehung in bonis des Pfandverpflichteten befindliche *directa reivindicatio* ist dann das fremde Klagrecht, welches der Pfandberechtigte mittelst der hypothekarischen Formel zu seiner Sicherung verfolgen kann, ohne sich durch gleichzeitige Verfolgung der eignen *utilis in rem actio* zu widersprechen. — Die *directa reivindicatio* findet sich namentlich neben der *utilis in rem actio* und dem Pfandrechte des Pfläglings, mit dessen Gelde der Pfläger Sachen auf eignen Namen gekauft und tradirt erhalten hat [l. 2 D. quando ex facto tut. (26. 9), cf. l. 3 C. arbitr. tut. (5. 51), l. 26 D. de reb. cred. (12. 1), in Verbindung mit l. 7 pr. D. qui potior. (20. 4), l. 3 pr. D. de reb. cor. qui (27. 9), l. 6 C. de servo pign. dato (7. 8)], in der Person des Pflägers, [l. 59 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 135 §. 2 D. de V. O. (45. 1), l. 13 §. 2 D. de usurpat. (41. 3), l. 2 C. de his qui a non dom. (7. 10)]; neben der *utilis in rem actio* und dem Pfandrechte desjenigen, welcher einen römischen Sklaven aus fremder Kriegsgefangenschaft losgekauft hat [l. 12 §. 7. 8. 12. 13 D. de captiv. (49. 15), f. §. 30 u. 35] in der Person des durch *postliminium* wieder zu seinem alten Rechte gelangten

standes, welcher sich zugleich ein Pfandrecht an demselben bedingt, dieses Pfandrecht nicht durch Vorbehalt (*deductio*), sondern nur durch Rückserwerb des betreffenden Abhubes von dem zuvor unge-

Eigenthümers [l. 12 §. 7. 8 D. de captiv. (49. 15)]; neben der utilis in rem actio und dem Pfandrechte des Moralklägers, welcher den schuldigen Sklaven wegen dessen unterbliebener Vertheidigung mit sich führt [l. 2 §. 1 fin. D. si ex caus. noxal. (2. 9), l. 26 §. 6 fin. D. de noxal. act. (9. 4), l. 23 D. de pecul. (15. 1), cf. Collat. leg. Mos. II, 3. — §. 3 J. de noxal. act. (4. 8), Wachsen Pfandr. Thl. I, §. 432 ff.], in der Person des die Vertheidigung unterlassenden Eigenthümers (Gaj. II, 40); neben der utilis in rem actio und dem Pfandrechte der Ehefrau an den Dotalsachen [l. 30 C. de jure dot. (5. 12), l. 1 §. 15 C. de rei ux. act. (5. 13) in Verbindung mit l. 15 C. de donat. ante nupt. (5. 3) — per utilem in rem actionem — Edict des Tiberius Julius Alexander, welches den Ehefrauen der Fiscalschuldner gestattet, ihre Brautgaben als fremd und dem Manne nicht zugehörig (*προικας ἀλλοτριὰς οὐσας καὶ οὐ τῶν ἀνδρῶν*) den Hülfsmaßregeln des Fiscus zu entziehen (s. Wachsen Pfandr. Thl. I, §. 242), l. 54 D. de jure dot. (23. 3) in Verbindung mit l. 7 C. de servo pign. dato (7. 8). Ferner l. 22 §. 13 D. sol. matr. (24. 3), l. 1 C. ad leg. Jul. de vi (9. 12), l. 9 C. de bon. proscr. (9. 49). Nicht entgegen ist Schol. I. Abh. 3 zu Basil. XXIX, 1 c. 50 (Heimb. III, p. 390), welche freilich die in rem actio der Frau eine directa nennt, aber nur, um sie von der hypothecaria als einer utilis petitio zu unterscheiden —] in der Person des Ehemannes [l. 30 C. de jure dot. (5. 12), cf. Basil. XXIX, 1 c. 117 mit Schol. (Heimb. III, p. 445 sq.) l. 24 D. rer. amot. (25. 2), l. 9 C. de reiv. (3. 32), l. 4 C. de jure dot. (5. 12)]. — Ebenso ist das Rechtsverhältniß in den Fällen der l. 6 §. 2 C. de secund. nupt. (5. 9), der nov. 136 c. 3 u. f. w. zu construiren, während der Legatar neben der in rem actio rücksichtlich der ihm eigenthümlich zugefallenen Sachen nur eine hypothecaria actio in Betreff der dem Erben aus der Erbschaft zu Theil gewordenen Sachen erhalten hat [l. 1 fin. C. de legat. (6. 43) hypothecam esse — tantummodo earum (sc. rerum), quae a testatore ad eum (sc. heredem) pervenerint]. — So oft übrigens der Pfandgläubiger vermöge der mit seinem Pfandrecht concurrirenden utilis in rem actio vor dem dominus directus Anspruch auf die Sache selbst hat, wie dieses bei dem Pflingling, der Ehefrau und im Fall der l. 6 §. 2 C. de secund. nupt. (5. 9) ohne Zweifel zutrifft, ebenso oft bewirkt dieser Umstand den Ausschluß des Pfandauslösungsrechts; denn obgleich z. B. bei dem Pflingling oder der Ehefrau die persönliche Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dient, sowohl in dem Betrage der actio tutelae beziehungsweise der actio de dote im Allgemeinen, als in dem Werthe der im dominium utile befindlichen Sachen im Besonderen besteht, so würde doch der Pflingling oder die Ehefrau aus dem Vorrang ihres dominium utile vor dem fremden dominium directum einen gerechten Grund zur Ablehnung des vom dominus directus wie von jedem Dritten statt der Sache selbst angebotenen Geldwerths haben und ebendaher der Einrede oder Replik selbstverschuldeter Nichtbefriedigung die Replik oder Duplik des dolus entgegenstellen dürfen, mithin gewiß sein, den Besitz der mit der actio oder exceptio hypothecaria verfolgten beziehungsweise vertheidigten Sache zu erlangen oder zu behaupten. — Vergl. §. 23.

schmäleret auf den Verpfänder übertragenen Rechte zu erwerben vermag⁹³⁾.

Indem aber auch andererseits nicht mehr verlangt wird, so folgt umgekehrt, daß das Pfandrecht von allen später gegen das verpfändete Recht des Verpfänders erwachsenen Einreden⁹⁴⁾ und von allen späteren Veräußerungen des verpfändeten Gegenstandes⁹⁵⁾ un-

⁹³⁾ 1. 1 §. 4, 1. 2 D. de reb. eor., qui sub tut. (27. 9), cf. Basil. XXXVIII, 9 c. 1 §. 4 c. 2, mit Scholl. (Heimb. III, p. 748 sq.), 1. 2 C. quando decreto opus non est (5. 72), Dernburg Pfandr. I. 1 §. 279. — ⁹⁴⁾ 1. 11 §. 10, 1. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), 1. 3 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), 1. 63 D. de re jud. (42. 1), 1. 4 §. 4 D. de appell. (49. 1). — 1. 21 D. quae in fraud. cred. (42. 8), 1. 3 §. 2 D. qui potior (20. 4), 1. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. (20. 6), 1. 6 §. 8 D. comm. div. (10. 3). — ⁹⁵⁾ 1. 205 D. de reg. jur. (50. 17), 1. 12 C. de distr. pign. (8. 28), nov. 112 c. 1. — 1. 18 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), 1. 15 C. de pign. (8. 14), 1. 4 C. de evict. (8. 43), 1. 1 C. de precar. (8. 9), 1. 4 pr. 1. 8 §. 14 D. quib. mod. pign. (20. 6), 1. 10 C. de remiss. pign. (8. 26), 1. 7 C. de pign. (8. 14). Usucapio pignoris conventionem non extinguit. — cf. 1. 44 §. 5 D. de usurpat. (41. 3), 1. 12 D. pro emt. (41. 4), 1. 2 pr. D. pro her. (41. 5). — Auch die longi temporis praescriptio und folgeweise sogar die longissimi temporis praescriptio, welche einem dritten Besitzer das Eigenthum des Verpfänders verschafft, gleicht darin der usucapio, daß sie der Pfandklage des Gläubigers nicht schadet [1. 44 §. 1 D. de damno inf. (39. 2), 1. 12 C. de praescr. longi temp. (7. 33) in Verbindung mit 1. 2 C. si praescr. advers. cred. opp. (7. 36), vergl. Schmitthenner im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 1 S. 100 ff.]. Um die Pfandklage auszuschließen, bedarf es einer eignen, nach den Verhältnissen zwischen dem Gläubiger und dem Besitzer der verpfändeten Sache z. B. hinsichtlich der praesentia oder absentia und des davon abhängigen 10- oder 20jährigen Zeitraums [1. 12 C. de praescr. longi temp. (7. 33)], hinsichtlich der Verjährungsprivilegien der Unmündigen, Minderjährigen, Kirchen u. s. w. allein sich regelnden longi beziehungsweise longissimi temporis praescriptio [a. 1. 5 §. 1 D. de divers. temp. praescr. (44. 3), 1. 12 C. eod. (7. 33), 1. 7, 1. 14 C. de O. et A. (4. 10), 1. 1, 1. 2 C. si advers. cred. (7. 36), 1. 19 C. de evict. (8. 45), 1. 8 pr. §. 1 C. de praescr. 30 ann. (7. 39). — b. 1. 3, 1. 7, 1. 8 §. 1 C. de praescr. 30 ann. (7. 39)], welche von der zum Eigenthumserwerbe führenden Erfindung durchaus unabhängig ist und insbesondere auch demjenigen zusteht, welcher das Eigenthum von Anfang an erworben hat und des Zeitablaufs nur zur Befreiung vom Pfandrechte bedarf [1. 5 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44. 3), 1. 14 C. de O. et A. (4. 10), 1. 2 C. si adv. credit. (7. 36), 1. 19 C. de evict. (8. 45)]. Diese Art der Befreiung, welche früher in Form der praescriptio geltend gemacht wurde [1. 1, 1. 2 C. si adv. credit. (7. 36)], hat den Erfolg einer exceptio [1. 5 §. 1, 1. 12 D. de divers. tempor. praescr. (44. 3), 1. 7, 1. 8 §. 1 C. de praescr. 30 ann. (7. 39)], so daß sie die Pfandklage nur in ihrer Wirksamkeit aufhält [1. 1 C. si adv. credit. (7. 36): inefficacem actionem constituit] und derselben sofort wieder freien Lauf läßt, wenn sie ihrerseits entkräftet wird oder hinwegfällt [cf. 1. 17 §. 2 D. de pact. (2. 14) und Scholl. 4 zu Basil. XI, 1 c. 17 §. 2 (Heimb. I, p. 586)]. — Kommt z. B. die verpfändete Sache nach vollendeter longi oder longissimi temporis

berührt bleibt; daß sowohl der Verpfänder als der Pfandgläubiger ihre beiderseitigen Klagrechte unabhängig von einander verfolgen können⁹⁶), weshalb Papinian von der als utilis in rem actio auftretenden Pfandklage sagt: quaestio pignoris ab intentione domini separatur⁹⁷) oder quaestio pignoris nulla societate domini conjungitur⁹⁸); daß endlich insofern sogar ein Pfandrecht an eigener Sache möglich ist, als erst nach der Verpfändung entweder das verpfändete Recht an den Pfandgläubiger, oder das Pfandrecht an den Inhaber des verpfändeten Rechts gelangt⁹⁹).

Der Begriff des Pfandrechts an eigener Sache macht zwar oft noch von einer anderen Seite Schwierigkeiten, allein auch diese wer-

praescriptio an einen neuen Besitzer, welcher zum früheren Besitzer nicht im Successionsverhältniß steht und deshalb dessen Einreden nicht zu gebrauchen im Stande ist, so tritt die bis dahin gehemmte Pfandklage des Gläubigers augenblicklich in erneute Kraft. Der neue Besitzer muß die Sache dem Pfandgläubiger herausgeben, der sich seinerseits freilich gegen den früheren Besitzer nur insofern zu behaupten vermag, als dieser nicht zugleich Eigenthum erworben hat; denn sonst würde der frühere Besitzer den besitzenden Pfandgläubiger mit der reivindicatio angreifen und seine reivindicatio gegen die exceptio hypothecaria mit Hülfe der replicatio longi oder longissimi temporis durchsetzen können [I. 8 §. 1 C. de praescr. 30 annor. (7. 39)]. — Irrig ist indeß, aus diesen von Justinian mit Schärfe und Consequenz hervorgehobenen Sätzen mit Schmitthenner (a. a. O. S. 103 ff.) zu folgern, daß es im heutigen Rechte eine von der Extinctivverjährung der Pfandklage verschiedene Acquisitivverjährung der Pfandfreiheit gebe und dadurch die Regel des classischen Rechts: nullum est pignus, cuius persecutio denegatur [I. 27 pr. D. de noxal. act. (9. 4). S. §. 13 not. 21] modificirt sei. Die vermeintliche Acquisitivverjährung der Pfandfreiheit löst sich einfach auf in das Vorhandensein einer gegen die exceptio hypothecaria durch longi oder longissimi temporis replicatio aufrecht zu erhaltende reivindicatio, und die angeblich verschiedene Extinctivverjährung der Pfandklage in den Mangel einer ebendeshalb auch gegen die exceptio hypothecaria durch longi oder longissimi temporis replicatio nicht aufrecht zu erhaltenden reivindicatio. Die Unstatthaftigkeit des Pfandrechts ohne Pfandklage bleibt also nach wie vor unerschüttert. Bemerkenswerth ist nur der Beweis, daß die Verjährung der Klage wenigstens unter der Voraussetzung auch die Verjährung der Einrede bewirkt, wenn derjenige, welcher das Klagrecht hatte, nicht gleichzeitig in der Lage war, mit einer durch Einrede zu elidirenden Klage des Gegners angegriffen werden zu können, sondern in diese Lage durch Aenderung der Thatfachen erst nach der Erlöschung seiner Klage gesetzt wurde; ein Fall, in dem auch v. Savigny (Syst. Bd. 5, S. 427 ff.) vielleicht geneigt sein dürfte, die mit der Klagverjährung eingetretene Verjährung der Einrede, sei es überhaupt, sei es wenigstens beim Pfandrechte, zuzulassen. — ⁹⁶) I. 11 §. 10, I. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2). — I. 39 §. 2 D. de procur. (3. 3). — I. 3 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), I. 63 D. de re jud. (42. 1), I. 4 §. 4 D. de appell. (49. 1), I. 205 D. de reg. jur. (50. 17). — ⁹⁷) I. 44 §. 5 D. de usurpat. (41. 3). — ⁹⁸) I. 1 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — cf. Franke im Arch. f. civ. Pr. Wb. 30, S. 182 ff. — ⁹⁹) I. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), I. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — Außerdem vergl. §. 23, §. 24, §. 28, §. 30 u. §. 35.

den durch die Erörterung der im dritten Theile der hypothekarischen Formel enthaltenen Thatsachen beseitigt werden.

Der dritte Theil der hypothekarischen Formel begreift nämlich als negative conditiones¹⁰⁰⁾, welche ihrem positiven Gegentheile nach vom Beklagten zu beweisen sind¹⁰¹⁾, die Thatsachen:

daß weder solutio, noch satisfactio, noch eine dem Gläubiger zuzurechnende Ursache unterbliebener solutio oder satisfactio vorliege¹⁰²⁾.

Diese negativen Voraussetzungen gleichen in mancher Beziehung dem non vi, non clam, non precario einiger Interdicta¹⁰³⁾, ja überbieten dasselbe darin, daß sie selbst inseferu, als ihr positives Gegentheil die pfandrechtlich versicherte Schuld ipso jure aufgehoben darstellt, im Verhältniß zur Pfandklage nur die Eigenschaft und Wirkung stehender Einreden haben¹⁰⁴⁾, daher noch während des iudicium durch Zahlung oder Zufriedenstellung oder vergebliches Angebot der ersteren und unter Umständen sogar der letzteren thatsächlich begründet^{104a)} und überhaupt durch Replikten entkräftet werden können¹⁰⁵⁾.

Der Begriff der solutio beschränkt sich auf die durch wirkliche numeratio pecuniae geschehene Erfüllung der pfandrechtlich ver-

¹⁰⁰⁾ l. 13 §. 4 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ¹⁰¹⁾ l. 12, l. 22, l. 25 §. 2 D. de probat. (22. 3), l. 25 C. de solut. (8. 43), l. 1 C. de probat. (4. 19), l. 7 C. de exc. (8. 36). — — ¹⁰²⁾ a. l. 13 §. 4 D. de pign. (20. 1), l. 19 C. de usur. (4. 32), l. 13 §. 1 D. ad Sct. Vellej. (16. 1), l. 59 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1), l. 1 C. si pign. conv. (8. 33), l. 2 pr. D. pro her. (41. 5). cf. Cato de re rust. c. 14. — b. l. 13 §. 4 D. de pign. (20. 1), l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 5 §. 2, 3, l. 6 pr. §. 1, 2, l. 8 §. 9, 10, l. 14 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 2 pr. D. pro her. (41. 5), cf. l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 C. si vend. pign. (8. 30), l. 49 l. 52 D. de solut. (46. 3), l. 5 §. 3 D. de V. O. (45. 1), l. 1 D. qui satisd. cog. (2. 8). — c. l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 19 C. de usur. (4. 32), cf. l. 20 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 C. eod. (4. 24), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31). Schol. 2 zu Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727). — d. l. 33, l. 34 D. de damno inf. (39. 2) in Verbindung mit Cato de re rust. c. 146. 148. 150. l. 14 D. quib. mod. pign. (20. 6) und mit l. 39 D. de reg. jur. (50. 17), l. 30 pr. D. de usu et usufr. (33. 2), l. 2 §. 4 D. quod legat. (43. 3). — — ¹⁰³⁾ Cic. ad famil. VII, 13. l. 1 §. 11 D. de itin. (43. 19), l. 7 §. 3, 4, l. 22 §. 2 D. quod vi aut. cl. (43. 24). — — ¹⁰⁴⁾ Basil. XXV, 7 c. 55 (Heimb. III, p. 89) — παραγραφὴ ἢ λέγουσα: ἀλλ' εἰ μὴ δέδωκας τὸ χρῆμα — exceptio: at si non solvisti debitum. — l. 17 §. 2 D. de pact. (2. 14), l. 4 §. 1, l. 5 pr. l. 7 §. 2, 3, l. 8 §. 2, 7, 9 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 2 C. de remiss. pign. (8. 26). — Anders freilich in Betreff der solutio Schol. 7 zu Basil. XI, 1 c. 17 §. 2 (Heimb. I, p. 587). — — ^{104a)} l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 16 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 34 D. de damn. inf. (39. 2). Vergl. S. 77 not. 43. — — ¹⁰⁵⁾ l. 8 §. 7 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 5 C. de remiss. pign. (8. 26). — Vergl. ferner §. 23.

sicherten Schuld¹⁰⁶), schließt also, um der *litiscontestatio* mit dem Schuldner oder dessen Bürgen zu geschweigen¹⁰⁷), nicht einmal solche Schuldbtilgungsgründe ein, welche zwar *ipso jure* der Zahlung gleich wirken, aber doch nicht wirkliche Zahlung sind, sondern der Zahlung nur verglichen werden, wie *acceptilatio*, *novatio*, in *solutum datio*, *confusio*¹⁰⁸). Nur die wirklich vollzogene Compensation wird der *solutio* gleich geachtet¹⁰⁹).

Der Begriff der *satisfactio* tritt ein, *quoties recedere voluit creditor a pignore*¹¹⁰), umfaßt also jeden auf dem Willen des Gläubigers beruhenden Nachlaß der Schuld oder des Pfandrechts, mag derselbe entgeltlich oder unentgeltlich geschehen. So ist z. B. das Aufgeben des Pfandrechts gegen anderweite Pfandbestellung¹¹¹) oder gegen Bürgschaftsstellung¹¹²), gegen einen Preis¹¹³) oder ganz umsonst¹¹⁴), durch Einwilligung in des Pfandes Veräußerung¹¹⁵) oder Verpfändung¹¹⁶) oder in des verpfändeten Sklaven Freilassung¹¹⁷) u. s. w. ebenso wohl eine Art der *satisfactio*, als das Aufgeben der Forderung durch Annahme an Zahlungs Statt¹¹⁸), *Expro-*

¹⁰⁶) l. 49 D. de solut. (46. 3). Marcian. lib. singul. ad hypothecariam formulam. — cf. l. 41 §. 1 D. de manum. test. (40. 4), l. 4 §. 3 D. de re jud. (42. 1). Anders bei Forderungen l. 107 D. de solut. (46. 3). — — ¹⁰⁷) l. 11 pr. D. de pignorat. act. (13. 7), cf. l. 90 D. de V. O. (45. 1). Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 11 pr. (Heimb. III, p. 57). Schol. 72 zu Basil. XVIII, 7 c. 10 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 248). — — ¹⁰⁸) l. 49 D. de solut. (46. 3), l. 59 pr. D. ad ScT. Trebell. (36. 1). — — ¹⁰⁹) l. 4, l. 12 §. 1 D. qui potior. (20. 4), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31). — cf. l. 76 D. de V. S. (50. 16), l. 12 C. de compens. (4. 31). — — ¹¹⁰) l. 9 §. 3, l. 10 D. de pignor. act. (13. 7), l. 6 §. 1. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). — Schol. 4 zu Basil. XXV, 1 c. 9 §. 3 und Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 10 (Heimb. III, p. 56 sq.). cf. l. 5 §. 3 D. de V. O. (45. 1), l. 1 D. qui satisd. cog. (2. 8). — Nicht entgegen ist l. 7 §. 6 D. de don. int. V. et U. (24. 1). — — ¹¹¹) l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7), l. 50 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). — — ¹¹²) l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 §. 2, l. 6 §. 2, l. 14 D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ¹¹³) l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7) — sive pretio aliquo — l. 8 §. 5 D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ¹¹⁴) l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 9 §. 3 D. de pign. act. (13. 7), l. 3 §. 3 D. de hom. lib. exhib. (43. 29), l. 9 C. de remiss. pign. (8. 26). — — ¹¹⁵) l. 158 D. de reg. jur. (50. 17), l. 4 pr. §. 1, l. 7 pr. §. 1. 3, l. 8 §. 6. 7. 10—18, l. 9 pr. l. 10 pr. l. 11 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 2, l. 4, l. 6, l. 10, l. 11 C. de remiss. pign. (8. 26). — — ¹¹⁶) l. 3 C. de remiss. pign. (8. 26), l. 17 §. 1 D. ad ScT. Vellej. (16. 1), l. 12 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 12 §. 4 D. qui potior. (20. 4). — — ¹¹⁷) l. 4 §. 2 D. de manum. vind. (40. 2), l. 27 §. 1 D. qui et a quib. manum. (40. 9). — — ¹¹⁸) l. 9 §. 3, l. 24 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31).

mission¹¹⁹⁾, Delegation¹²⁰⁾, Novation¹²¹⁾, Acceptilation¹²²⁾, oder durch bloßes pactum¹²³⁾, lektwilligen Erlaß¹²⁴⁾, Eid¹²⁵⁾. Gleich dem Eide gilt sogar das richterliche Urtheil, welches dem klagenden Gläubiger die pfandrechtlich versicherte Schuld positiv abspricht, mag es gerecht oder ungerecht sein, als satisfactio¹²⁶⁾, weil der Quasicontract, vermöge dessen der Gläubiger durch Anstellung der Klage sich im Voraus der richterlichen Entscheidung unterwirft¹²⁷⁾, als ein eventuelles Aufgeben des Pfandrechts selbst für den Fall einer wegen Ungerechtigkeit des Urtheils fortdauernden naturalis obligatio¹²⁸⁾ aufgefaßt wird, und daher trotz der sonst zur Anwendung kommenden Regel, daß das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn die pfandrechtlich versicherte Schuld auch nur als naturalis obligatio fort dauert¹²⁹⁾, doch in ähnlicher Weise der überdauernden naturalis obligatio, wie ein donationis causa durch pactum geschehener Schuldverlaß sogar der wegen der lex Cincia überdauernden civilis obligatio das Pfandrecht benimmt¹³⁰⁾.

Ausgeschlossen vom Begriff der satisfactio ist dagegen jeder vom Pfandgläubiger ohne den Willen der Pfandrechtsaufhebung an der verpfändeten Sache gemachte Eigenthumserwerb¹³¹⁾, sowie jede durch rechtliche Nothwendigkeit wider oder selbst nur ohne den

¹¹⁹⁾ l. 10 D. de pignor. act. (13. 7), l. 19 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 4 §. 3 D. de re jud. (42. 1). — — ¹²⁰⁾ l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7), l. 68 §. 1 D. de evict. (21. 2), l. 30 D. de novat. (46. 2). — — ¹²¹⁾ l. 11 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 1. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27), l. 18 D. de novat. (46. 2). — — ¹²²⁾ l. 49 D. de solut. (46. 3), l. 11 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 40 D. de jurejur. (12. 2). — — ¹²³⁾ l. 17 §. 2 D. de pact. (2. 14), l. 9 §. 2, l. 11 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 5 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ¹²⁴⁾ l. 1 §. 1 D. de liberat. leg. (34. 3). — — ¹²⁵⁾ l. 5 §. 3, l. 13 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 40 D. de jurejur. (12. 2). — — ¹²⁶⁾ l. 13 D. quib. mod. pign. (20. 6). — Ueber andere Erklärungen vergl. Fein im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 191 ff. Buchfa Einfluß des Proc. Ihl. I, S. 323 ff. — — ¹²⁷⁾ l. 3 §. 11, l. 5 §. 2 D. de pecul. (15. 1). Cic. de legg. III, §. 6. — Lites contractas judicante. — Nicht entgegen ist l. 22 D. tut. (27. 3), l. 83 §. 1 D. de V. O. (45. 1), weil wider Willen nur der Beflagte, nicht der Kläger durch judicium contrahirt. — Vergl. im Allgemeinen Endemann das Princip der Rechtskraft. S. 22 ff. S. 128 f. — — ¹²⁸⁾ l. 28, l. 60 D. de conduct. indeb. (12. 6), l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 27 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 50 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 8 §. 3 D. de fidejuss. (46. 1). — — ¹²⁹⁾ l. 14 §. 1, l. 27 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — ¹³⁰⁾ l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), cf. Schol. 4 fin. zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 2 (Heimb. III, p. 57). — v. Savigny Syst. Bd. 4. S. 55. 198. — — ¹³¹⁾ l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2). S. 90. — l. 59 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1).

Willen des Gläubigers ipso jure oder ope exceptionis¹³²⁾ eintretende Aufhebung der pfandrechtlich gesicherten Schuld, so daß z. B. die Schuldauflösung durch processualische Consumtion¹³³⁾, durch Verjährung¹³⁴⁾, durch erbloses Versterben des Schuldners¹³⁵⁾, durch Confusion der pfandrechtlich gesicherten Verpflichtung des Bürgen mit der Verpflichtung des Hauptschuldners¹³⁶⁾, oder die Schuldauflösung durch diejenige Confusion, welche zufolge erzwungener Erbschaftsantretung in der Person des Erbschaftsfiduciars Statt hat¹³⁷⁾, die Merkmale der satisfactio, wie die Merkmale der solutio entbehrt.

Die Formel erwähnte übrigens bald den Rechtsbegriff der satisfactio im Allgemeinen¹³⁸⁾, bald die einzelnen denselben bildenden Thatfachen im Besondern¹³⁹⁾, je nachdem der Prätor bloß über die Richtigkeit, oder auch über die Erheblichkeit der betreffenden Thatfachen dem judex das Urtheil überlassen wollte.

Der Begriff einer dem Gläubiger zuzurechnenden Ursache unterbliebener solutio fällt zusammen mit dem Begriffe des Annahmeverzugs¹⁴⁰⁾, greift also auch dann Platz, wenn die solutio dem Gläubiger im Namen des Schuldners von einem Dritten vergeblich angeboten worden ist¹⁴¹⁾, hört aber wieder auf, sobald der säumige Gläubiger eine vom Schuldner nur durch Deposition der Zahlung zu verhindernde purgatio morae betthätigt¹⁴²⁾.

Endlich der Begriff einer dem Gläubiger zuzurechnenden Ursache unterbliebener satisfactio setzt außer den sonstigen Erfordernissen des Annahmeverzugs voraus, daß der Gläubiger sich aus-

¹³²⁾ l. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1): quem ad modum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. — l. 13 §. 1 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 50 D. de minor. (4. 4). — — ¹³³⁾ l. 13 §. 4, l. 27 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 8 C. eod. (8. 14), l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27), cf. l. 29 D. de novat. (46. 2). — — ¹³⁴⁾ l. 3, l. 7 C. de praescr. 30 ann. (7. 39), l. 30 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2) und dazu Schol. 3. 6. 8 zu Basil. LX, 3 c. 30 §. 1 (Heimb. V, p. 303). — — ¹³⁵⁾ arg. l. 95 §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 1 §. 14 fin. D. depos. (16. 3). — Aelteres Recht enthält l. 5 pr. D. ut legator. (36. 3). — cf. l. 11, l. 26 D. de fidejuss. (46. 1). — — ¹³⁶⁾ l. 38 §. 5 D. de solut. (46. 3). — — ¹³⁷⁾ l. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — ¹³⁸⁾ §. 13 not. 102 lit. b. — — ¹³⁹⁾ l. 7 §. 2, l. 8 §. 9 D. quib. mod. pign. (20. 6), cf. fr. Vat. §. 310. — — ¹⁴⁰⁾ l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 3 §. 3 D. de liber. hom. exhib. (43. 29). — — ¹⁴¹⁾ l. 72 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 3 §. 3 D. de libero hom. exhib. (43. 29), l. 9 C. de pign. et hyp. (8. 14). — cf. Memmsen mora §. 158 ff. — — ¹⁴²⁾ l. 19 C. de usur. (4. 32), l. 20 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 8 C. de distr. pign. (8. 28), l. 2 C. debit. vend. pign. (8. 29), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31), l. 10, l. 12 C. de pignor. act. (4. 24), l. 12 C. de compens. (4. 31). cf. l. 135 §. 2 D. de V. O. (45. 1).

drücklich oder stillschweigend verpflichtet habe, statt der *solutio* oder statt des bisherigen Pfandrechts mit der vergeblich angebotenen Art der *satisfactio* sich begnügen zu wollen¹⁴³⁾; denn sonst ist keine Verbindlichkeit des Gläubigers zur Annahme irgend welcher *satisfactio* vorhanden, mithin auch durch deren Ablehnung keine dem Gläubiger zur Last zu legende Ursache unterbliebener *satisfactio* begründet¹⁴⁴⁾. Eine stillschweigende Verpflichtung zur Annahme der in der *solutio* des verpfändeten Schuldners liegenden *satisfactio* findet bei jeder Forderungsverpfändung und jeder Afterverpfändung Statt¹⁴⁵⁾.

Nach diesen Begriffsbestimmungen leidet es keinen Zweifel, daß, obwohl regelmäßig alle Arten von Schuldbefreiungen auch die accessorisch verhafteten Bürgen und Pfänder befreien¹⁴⁶⁾, doch ausnahmsweise die pfandrechtlich versicherte Schuld *ipso jure* oder *ope exceptionis* aufheben sein kann, ohne daß zugleich die Voraussetzungen für die Aufhebung der Pfandklage in Erfüllung gegangen sind; daß also unter Umständen ein Pfandrecht ohne pfandrechtlich versicherte Schuld statthaft ist¹⁴⁷⁾. In der That liefern die Rechtsbücher nicht nur viele Beispiele dieses Verhältnisses¹⁴⁸⁾, sondern auch eine allgemeine Anerkennung desselben in folgendem Rescripte des Kaisers Gordian¹⁴⁹⁾:

Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione remota.

Da aber der *hypothecaria actio* selbst in einem derartigen Falle die *conditio: si non solutum est* nicht benommen ist, vielmehr ungeachtet des Hinwegfalls der Schuldforderung, die Möglichkeit, durch Zahlung die Pfandklage abzuwenden, fortauern muß: so ist nichtsdestoweniger eine Art von zahlbarer Schuld bestehen geblieben; ein Erfolg, welchen die römischen Juristen ausdrücklich anerkennen und durch die Annahme einer um des Pfandrechts willen fortdauernden *naturalis obligatio* mit den sonstigen Rechtsgrundfällen in Uebereinstimmung zu bringen suchen¹⁵⁰⁾.

Gerade diese für den Fall des Nichteintritts der für die Aufhebung der Pfandklage aufgestellten *conditiones* nach gestillter Pfandschuld um des Pfandrechts willen fortdauernde *naturalis obligatio* ist es denn auch, welche zuweilen zu Hülfe genommen werden muß,

¹⁴³⁾ l. 14 D. quib. mod. pign. (20. 6), Cato de re rust. 146. 148. 150. — — ¹⁴⁴⁾ l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 10 D. de pignor. act. (13. 7). — — ¹⁴⁵⁾ §. 14 u. 15. — — ¹⁴⁶⁾ l. 43 D. de solut. (46. 3), cf. l. 129 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17), l. 71 pr. D. de fidej. (46. 1). — — ¹⁴⁷⁾ l. 85 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17). — — ¹⁴⁸⁾ §. 23, 24, 29, 35. — — ¹⁴⁹⁾ l. 2 C. de luit. pign. (8. 31). — — ¹⁵⁰⁾ l. 59 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1), l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20). — Verqf. §. 35.

um die rechtliche Möglichkeit des Pfandrechts an eigener Sache vollkommen befriedigend erklären zu können, wie spätere Beläge zum Ueberfluß darthun werden¹⁵¹⁾.

Wir haben nun die einzelnen Bestandtheile, aus denen die intentio der hypothekarischen Formel zusammengesetzt ist, zur Genüge kennen gelernt, und können uns deshalb an die Aufstellung des Ganzen wagen. Bei dem Mangel jeder noch so leisen Spur einer Abweichung haben wir von der Annahme auszugehen, daß die Verschiedenheit der verpfändeten Gegenstände keine wesentliche Veränderung der Formel bewirkte. Mag also eine Sache, eine Forderung oder ein Pfandrecht verpfändet worden sein, immer wird die hypothekarische Formel gleichmäßig etwa folgende Fassung gehabt haben:

J. E. Si paret, inter Aulum Agerium et Numerium Negidium convenisse, ut homo Stichus (oder nomen Lucii Titii debitoris, oder pignus Numerio Negidio a Lucio Titio debitore datum) propter X milia H. S.¹⁵²⁾, quae Numerium Negidium Aulo Agerio ex mutuo dare oportet, pignori (oder hypothecae) sit obligatus (oder obligatum), et hominem (oder nomen, oder pignus) obligatum eo tempore, quo convenit, in bonis Numerii Negidii fuisse, neque debitum solutum eove nomine satisfactum esse, aut per Aulum Agerium stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato iudicis restituatur (oder ohne diesen Zusatz), quanti ea res erit, iudex Lucium Titium possessorem (oder debitorem) Aulo Agerio condemnato, s. n. p. a.

Entsprechende Aenderungen der Formel traten natürlich ein, wenn das Pfandrecht nicht auf einem Pfandpactum, sondern auf einem anderen Verpfändungsgrunde, z. B. obrigkeitlicher Anordnung beruhte¹⁵³⁾; wenn ein Gegenstand verpfändet war, der nach beider Parteien Bewußtsein erst später unter die bona des Verpfänders fallen würde¹⁵⁴⁾; wenn Jemand seine Sache für eine fremde Schuld¹⁵⁵⁾, oder eine fremde Sache mit Einwilligung des Eigenthümers für die eigene Schuld¹⁵⁶⁾ verpfändet hatte; wenn der amtlich oder auftragsweise

¹⁵¹⁾ C. §. 23, 24, 29, 35. — — ¹⁵²⁾ cf. l. 4 D. qui potior (20. 4): illud ob pecuniam creditam pignori dedisset. — — ¹⁵³⁾ l. 1 C. si in causa iudic. (8. 23). — — ¹⁵⁴⁾ l. 15 §. 1, l. 34 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Vergl. §. 19 not. 88. — §. 14. — — ¹⁵⁵⁾ l. 5 §. 2 D. de pign. (20. 1), l. 8 pr. D. ad SCt. Vellej. (16. 1). — — ¹⁵⁶⁾ l. 20 pr. l. 27 D. de pignor. act. (13. 7), l. 16 §. 1, l. 26 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. tac. (20. 2), l. 7 C. quae res pign. (8. 16), l. 23 D. de probat. (22. 3). — In diesem Falle lautete die Formel: Si paret, inter Aulum Agerium et Publium Maevium consentiente (oder

bestellte Vertreter eine Sache des Vertretenen für die Schuld des Vertretenen zum Pfande gegeben¹⁵⁷⁾ oder eine Sache des Schuldners für eine Forderung des Vertretenen zum Pfande bekommen hatte¹⁵⁸⁾; wenn die *hypothecaria actio* gegen den Verpfänder selbst angestellt wurde, indem dann die Clausel, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung zum Vermögen des Verpfänders gehört habe, in der Regel überflüssig war und weggel^{158 a)}; endlich wenn auf Grund eines Sachpfandrechts diejenigen *actiones confessoriae, communi dividundo, finium regundorum, furti, damni injuria dati, condictio furtiva, actio vi bonorum raptorum* u. s. w. geltend gemacht wurden, welche durch Verletzung eines der verpfändeten Sache zustehenden Servitutsrechts, durch Eigenthumsgemeinschaft, Grenzverwirrung, Entwendung, Beschädigung oder Raub, für den Eigenthümer erwachsen waren. Was die letzterwähnten Klagen betrifft, so soll namentlich die *confessoria actio* als *utilis petitio servitutis*, aber im Uebrigen sicut *ipsius fundi utilis petitio* gegeben worden sein¹⁵⁹⁾. Die Formel wird also ungefähr nachstehende Gestalt angenommen haben:

J. E. Si paret, Aulum Agerium et Numerium Negidium convenisse, ut fundus Negidianus propter X milia H. S. quae Numerium Negidium Aulo Agerio ex mutuo dare oportet, pignori sit obligatus, et fundum obligatum eo tempore, quo convenit, in bonis Numerii Negidii fuisse, neque debitum solutum eove nomine satisfactum esse aut per Aulum Agerium stare, quominus solvatur satisve fiat, tum si paret, Numerio Negidio jus esse eundi agendi in fundo Lucii Titii, qua de re agitur, nisi arbitrato judicis restituet, quanti ea res erit Lucium Titium Aulo Agerio condemnato, s. n. p. a.

In gleicher Weise müssen die übrigen Klagen der oberwähnten Art formulirt worden sein.

ratum habente) Numerio Negidio convenisse, ut homo Stichus propter X milia H. S., quae Publium Maevium Aulo Agerio ex mutuo dare oportet, pignori sit obligatus, et hominem obligatum eo tempore, quo convenit, in bonis Numerii Negidii fuisse cett. cf. l. 5 C. ad Scf. Vellej. (4. 29), l. 7 C. eod., l. 11 C. de distr. pign. (8. 28). Fußsße in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 215 f. — —¹⁵⁷⁾ l. 11 §. 7, l. 12, l. 16 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 11 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. l. 3, l. 7 C. si aliena res (8. 16), l. 11 D. de curat. furiosi (27. 10), l. 28 §. 3 C. de adm. tut. (5. 37). Ueber die Worte: *lege non refragante* in l. 16 pr. D. de pignor. act. (13. 7) f. Schöl. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 16 (Heimb. III, p. 60). — In diesem Falle lautete die Formel im Wesentlichen wie eben zu not. 156. — —¹⁵⁸⁾ l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7). — —^{158 a)} l. 1 C. si pignor. conv. (8. 33). Schöl. 2 zu Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727). S. S. 97 not. 49. — —¹⁵⁹⁾ l. 16 D. de servitut. (8. 1)

Demnach haben wir wenigstens im Allgemeinen gezeigt, daß weder die utilis actio des Forderungspfandgläubigers, noch die utilis actio des Afterpfandgläubigers, noch endlich diejenigen utiles actiones, welche der Sachpfandgläubiger auf Grund seines Pfandrechts verfolgen kann, obgleich sie dem Eigenthümer der verpfändeten Sache erwachsen sind, auf einem wirklichen oder fingirten mandatum agendi beruhen, sondern von den utiles actiones des Cessionars und QuasiceSSIONARS scharf und deutlich sich unterscheiden. Wir wollen aber jetzt noch weiter gehen und eine jede der drei genannten Klaggattungen näher untersuchen, um im Einzelnen die Abweichungen von den utiles actiones des Cessionars und QuasiceSSIONARS festzustellen und das bisher nur im allgemeinen Zusammenhange mit den gemeinschaftlichen Grundsätzen des Pfandrechts Ange deutete in seiner ganzen Entwicklung darzulegen.

- §. 14. **Das Forderungspfandrecht** ¹⁾. Nach dem vorhin Ausgeführten giebt das Forderungspfandrecht dem Pfandgläubiger eine hypothetarische Klage, welche sich als eine utilis in personam actio darstellt, indem sie sich im zweiten Theile der intentio durch die allgemeine Beziehung auf das in bonis fuisse des Verpfänders an die directe in personam actio des Verpfänders anschließt ²⁾. Im Uebrigen ist die utilis in personam actio eine directe hypothecaria actio, welche gleich der directen dinglichen Pfandklage auf prätorischem Schutze beruht ³⁾, obgleich sie ihre Ausbildung dem Juristenrechte, d. h. der durch die Juristen vermittelten Anwendung der vom Prätor für die Pfandklage im Allgemeinen aufgestellten Grundsätze auf die Verpfändung von Forderungen, verbannt ⁴⁾.

Der eingehendere Beweis dieser Sätze soll in der Weise geführt werden, daß wir diejenige Codexstelle, welche die Klage des Forderungspfandgläubigers am bestimmtesten beschreibt, im Einzelnen erläutern und dabei stets auf die bestätigenden und ergänzenden Zeugnisse, welche sich sonst in den Rechtsbüchern finden, Bezug nehmen.

Die betreffende Codexstelle lautet:

Imp. Alexander A. Evocato ⁵⁾.

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et

¹⁾ Ueber die Literatur vergl. Dernburg Pfandr. Thl. I, §. 461 not. 1. — ²⁾ Ein kurzes Referat der über die utilis actio des Forderungspfandgläubigers sonst zu Tage getretenen Ansichten findet sich bei Dernburg Pfandr. Thl. I, §. 462 not. 2. — ³⁾ l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7) . . . tuenda est a Praetore haec conventio, ut — te in exigenda pecunia — tueatur. — ⁴⁾ l. 4 C. quae res pign. (8. 17) . . . placuit. l. 7 C. de her vel act. vend. (4. 39). Postquam eo decursum est. — ⁵⁾ l. 4 C. quae res pign. (8. 17).

specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur: quatenus tamen ipse debet. — P. P. Pridie Cal. Mart. Fusco 2 et Dextro Coss. — 226.

Der Kaiser Alexander bemerkt zunächst, man sei längst darüber einig, daß auch Schuldforderungen sowohl generell als speciell verpfändet werden können. Uebereinstimmend lassen denn auch andere Stellen durch generelles und speciell, ausdrückliches und stillschweigendes Pfandpactum⁶⁾, durch Testament⁷⁾, Gesetz⁸⁾, Obrigkeit⁹⁾ Forderungspfandrechte entstehen und mit dem nomen zugleich die dazu gehörigen Pfandklagen verpfändet sein¹⁰⁾. Wir schließen daraus, daß Forderungspfandrechte auch mehreren Pfandgläubigern nach den allgemeinen Regeln über Priorität bestellt werden dürfen, so daß ein Jeder auf den ganzen Gegenstand des verpfändeten nomen eine Klage gegen den verpfändeten Schuldner erlangt.

Diese Klage, vom Rescripte und anderen Quellenzeugnissen¹¹⁾ utilis actio genannt, soll ihrer aus der anerkannten Statthaftigkeit der Forderungsverpfändung geschehenen Herleitung (Quare) gemäß folgende, gerade der hypothekarischen Formel eigenthümliche Voraussetzungen haben:

I. Sie ist gestützt auf die Verpfändung der Schuldforderung (nomen tibi pignori datum est) für eine vom Kläger dem Dasein und Betrage nach darzuthuende Hauptschuld (id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris).

Versätigend schreibt nicht nur Paulus^{11a)}:

Si convenit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio cett.

sondern auch eine Basilikenscholie, nachdem sie die Klage des Cessionars auf ein Mandat zurückgeführt hat¹²⁾:

⁶⁾ l. 11 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7). — §. 15. l. 18 pr. D. cod., l. 13 §. 2, l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁷⁾ l. 1 C. comm. de legat. (6. 43). — — ⁸⁾ l. 3 §. 8 D. de jure fisci (49. 14), l. 3, l. 4 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 1 C. de condiet. ex lege (4. 9). — §. 37. — — ⁹⁾ l. 1 C. de praetor. pign. (8. 22) und l. 15 §. 2. 8—12, l. 40 D. de re judic. (42. 1), l. 5 C. de exec. rei jud. (7. 53). — — ¹⁰⁾ Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ¹¹⁾ l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 7 (Heimb. III, p. 22). — Schol. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 30 (Heimb. IV, p. 222 sq.). — — ^{11a)} l. 18 pr. D. de pignorat. act. (13. 7). — — ¹²⁾ Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). Si generalem haberet hypothecam, etiam adversus debitores debitoris sui

εἰ εἶχεν ὑποθήκας γενικὰς, ἡδύνατο καὶ κατὰ τῶν χρεω-
στούντων τῷ ἰδίῳ δεβίτορι κινεῖν ἄνευ μανδάτου αὐτοῦ·
ὑπόκειται γὰρ ἀγωγή, ὡς ἔγνωμεν ἐν τῇ ὑποθηκα-
ρίᾳ, τοῦτ' ἔστιν ἐν τῷ κ'. βιβ. τῶν διγ. τιτ. α', τῶν δὲ
Βασιλικῶν βιβ. κε'. τιτ. α'.

Die Activlegitimation des Forderungspfandgläubigers soll nicht, gleich der des Cessionars, auf einem wirklichen oder fingirten Mandate, sondern auf der Thatfache der Verpfändung beruhen¹³⁾, wie dieses bei der hypothekarischen Klage, d. h. im ersten Titel des zwanzigsten Buchs der Digesten oder im ersten (soll heißen im zweiten) Titel des fünfundzwanzigsten Buchs der Basiliken, welcher im Gegensatz der pignoratitia in personam actio von der hypothecaria actio handelt¹⁴⁾, gelehrt worden sei.

Das Mandat in seiner ursprünglichen Beschränkung auf die Wirkung des directe agere alieno nomine würde ja auch dem Pfandgläubiger keine ausreichende Sicherheit geboten haben. Schon Bähr bemerkt¹⁵⁾: Habe Jemand eine Forderung erkaufte, so bleibe ihm, wenn ihm die actio mandata entzogen werde, immer noch die persönliche Klage aus dem Kaufvertrage, mittelst deren er sich an den Käufer halten und wenigstens Schadenersatz erlangen könne. Wer aber eine Forderung sich verpfänden lasse, wolle damit eben eine vom persönlichen Credit des Verpfänders unabhängige Sicherheit gewinnen, es liege daher in der innersten Natur des Pfandvertrags, daß er das ihm unterworfenen Object unmittelbar („mit dinglicher Kraft“) erfassen müsse. Diese Bemerkung ist vollkommen richtig; um so mehr aber der daraus gezogene Schluß zu bedauern, daß dem Forderungspfandgläubiger gleich dem Cessionar auf Grund eines mandatum agendi eine utilis actio gegeben worden sei; denn dabei ist offenbar nicht bedacht, daß den an die Klage des Forderungspfandgläubigers gestellten Anforderungen weit besser die vom Pfandgläubiger unmittelbar gegen den Schuldner des verpfändeten nomen zu richtende hypothecaria actio entspricht und das Pfandpactum keinerlei obligatorische Wirkungen, sondern lediglich die actio hypothecaria hervorbringt, mithin nicht die causa für ein späteres mandatum actionis bilden kann, sondern gleich unmittelbar die Uebertragung der verpfändeten Forderung zu Pfandrecht bewirken muß.

citra mandatum ejus agere posset. Nomen enim pignori obligatum est, ut didicimus in hypothecaria, i. e. lib. 20 Dig. tit. 1. Basilicorum autem lib. 25 tit. 1. — — ¹³⁾ cf. Schöl. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 30 (Heimb. IV, p. 222 sq.). Daher auch der Gegensatz in l. 59 D. de evict. (21. 2) — nisi cessae ei fuerint actiones vel quodam casu hypothecas habet. — — ¹⁴⁾ Schöl. 1 zu Basil. XXV, 2 c. 1 (Heimb. III, p. 67). Constit. Omnem reipublic. §. 4. — — ¹⁵⁾ Jahrb. für Dogmat. Bd. I, S. 385.

Die Klage des Forderungspfandgläubigers wird daher von der Klage des Forderungseigenthümers, sei er ursprünglicher oder nachfolgender Eigenthümer (Cessionar) auch in folgender Basilikenscholie unterschieden ¹⁶⁾:

Σημείωσαι, ὅτι οὐ δύναται ὁ δανειστὴς τὸν χρεώστην τοῦ δανεισαμένου μεθοδεύειν διὰ τὸ χρέος, ἐὰν τὸ κατ' αὐτοῦ γραμματεῖον ὑποτεθῇ αὐτῷ· τότε δὲ ἀπαιτεῖ, κινᾷ ν δηλονότι τὴν οὐτίλλαν, ὅτε ὁ τὸ γραμματεῖον ὑποθέμενος δεβίτωρ ἀγνωμονεῖ τὸν αὐτοῦ δανειστὴν, ὡς ἀνήνεκται βιβ. η'. τοῦ κώδικος τιτ. ιζ'. διατ. δ', ἥτις καὶ ἄλλην φησὶ παρατήρησιν.

Soll nämlich der erste Satz, wonach der Forderungspfandgläubiger den verpfändeten Schuldner aus der Schuld nicht belangen kann, mit dem zweiten Satze, welcher ihm eine utilis actio gegen denselben anzustellen gestattet, nicht im Widerspruche stehen, so muß ein Unterschied in der Art der Klagen liegen, von denen jene dem Pfandgläubiger abgesprochen, diese demselben zugestanden wird. Worin soll aber dieser Unterschied gefunden werden, wenn nicht das μεθοδεύειν διὰ τὸ χρέος von der kraft Forderungseigenthums zustehenden Schuldforderungsklage, hingegen das auch sonst für die pignoris persecutio gebräuchliche ἀπαιτεῖν ¹⁷⁾ als ἀπαιτεῖν τὸ χρέος ¹⁸⁾ von der auf Forderungspfandreht gestützten hypothecaria actio verstanden wird? Wenigstens auf die eigentlich gegen den Verpfänder zu richtende Schuldfrage des Pfandgläubigers ist das μεθοδεύειν διὰ τὸ χρέος gewiß nicht zu beziehen, weil der Zweifel, ob die Verbindlichkeit des Schuldners gegen den Schuldner des Schuldners geltend gemacht werden könne, an sich fern liegt und der Ausdruck τὸ χρέος offenbar mit dem entsprechend bezeichneten χρεώστης, nicht mit dem δανεισάμενος in Verbindung gedacht ist.

Der Gegensatz zwischen den Klagen des Forderungseigenthümers und des Forderungspfandgläubigers ist aber von der Basilikenscholie nur im Allgemeinen angedeutet, nicht im Einzelnen durchgeführt, statt dessen vielmehr auf unser Rescript verwiesen, welches gleich der zuerst erläuterten Basilikenscholie als Grund der Klage unverkennbar die Verpfändung hervorhebt.

¹⁶⁾ Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 18 pr. (Heimb. III, p. 64). Nota, creditorem non posse convenire debitoris sui debitorem ob debitum, si cautio ei pignori data fuerit: tunc autem persequitur, utili scilicet actione experiens, cum debitor, qui cautionem pignori dedit, creditori suo non satisfaciat, ut refertur lib. 8 Codicis tit. 17 const. 4, quae et aliam tradit observationem. — — ¹⁷⁾ Basil. XIX, 4 c. 31 (Heimb. II, p. 277), XXIV, 3 c. 1 und Schol. dazu (Heimb. III, p. 20), c. 10 Schol. 1 (Heimb. III, p. 23), XXV, 2 c. 55 (Heimb. III, p. 73), LX, 5 c. 27 Schol. 1 (Heimb. V, p. 364). — — ¹⁸⁾ Basil. XXV, 1 c. 18 pr. (Heimb. III, p. 60).

Die Verpfändung faßt der Natur der Sache getreu das nomen als ein Mittel zur Erlangung der res debita ins Auge, unterwirft daher nach der Regel: *Nominis appellatione rem* (in den Basiliken¹⁹⁾ noch bestimmter *rem debitam* — τὸ κεχρεωωσθημένον πρᾶγμα) significari Proculus ait²⁰⁾, mit dem nomen oder debitum²¹⁾ zugleich die res debita oder das, quod in nomine est²²⁾, dem Pfandrechte, gerade wie nach der umgekehrten Regel: *Rei appellatione et causae et jura continentur*²³⁾, die Verpfändung der res debita auf das nomen sich erstreckt, weil die res debita zur Zeit der Verpfändung nur insofern, als dem Verpfänder eine Forderung darauf zusteht, zum Vermögen des Verpfänders gehört (in bonis ejus est, ad eum pertinet)²⁴⁾, mithin in dem über die res debita abgeschlossenen Pfandpactum das deberi nicht als demonstratio, sondern als causa verstanden sein muß²⁵⁾.

a. Den ersten Satz bestätigt unser Rescript, indem es die vom debitor oppignoratus dem Verpfänder geschuldete solutio (nisi ei, cui debuit, solvit) von der dem Pfandgläubiger gebührenden satisfactio (satis tibi facere — compelletur) unterscheidet²⁶⁾; denn verstanden ist ohne Zweifel unter der solutio die der Erfüllung halber dem Verpfänder in Person oder vertreten durch den Pfandgläubiger geschehene Uebergabe von Eigenthumsbesitz und Eigenthum, unter satisfactio dagegen der am nunmehrigen Eigenthume des Verpfänders auf Grund des früheren Pfandpactum vom Pfandgläubiger gemachte Erwerb von Pfandrechte und — falls der verpfändete Schuldner die res debita nicht dem Verpfänder in Person, sondern statt desselben dem Pfandgläubiger einhändigte — zugleich von Pfand-

¹⁹⁾ Basil. II, 2 c. 4 (Heimb. I, p. 41). — ²⁰⁾ l. 4 D. de V. S. (50. 16), cf. l. 6 D. eod. — ²¹⁾ l. 34 D. de legat. III (32), l. 38 in f. D. de negot. gest. (3. 5). — ²²⁾ cf. Cic. top. c. 8. — l. 6 C. fam. herc. (3. 36), l. 1 §. 7 D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 59 D. de legat. III (32), l. 44 §. 6 D. de legat. I (30), l. 34 pr. D. de auro legat. (34. 2). — ²³⁾ l. 23 D. de V. S. (50. 16). — ²⁴⁾ l. 49 D. de V. S. (5. 16), l. 91, l. 181 D. eod. — ²⁵⁾ l. 75 §. 2 D. de legat. I (30), cf. l. 25, l. 21 pr. §. 1 D. de liber. leg. (34. 3), l. 11 §. 13 D. de legat. III (32). — ²⁶⁾ cf. Basil. I. l. εἰ μήπω κατέβαλεν τῷ ἰδίῳ δανειστῇ τὸ χρῶς, κινήσεις κατ' αὐτοῦ οὐτίλινον ἐπὶ τῷ γενέσθαι σοι τὸ ἱκανόν. — Petri exceptt. II, 40. De debitoris debitoribus, si debent conveniri a creditoribus. Si debitor tuus non habet, unde solvat, quod tibi debet, ejus debitores, si quos habuerit, convenire apud judicem utiliter potes, ut secundum quod ei debent, tuo debito satisfaciant. — l. 8 D. quod ejusque univ. nom. (3. 4) — per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet. — cf. l. 2—4 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). C. §. 50. — l. 9 C. quae res pignori (8. 17). — per earum (sc. rerum) exactionem satisfieri tibi promitto.

besitz. Auf diese Weise wird der Pfandgläubiger für den durch die solutio bewirkten Verlust des Pfandrechts am nomen sofort durch das Pfandrecht an der durch die solutio ins Eigenthum des Verpfänders übertragenen res debita entschädigt²⁷⁾ und die utilis actio des Pfandgläubigers theilt den von Ulpian jeder Pfandklage zugeschriebenen Erfolg: *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori*²⁸⁾.

Die Richtigkeit dieser Ansicht bewährt nachstehendes Bruchstück:

Paulus lib. 29 ad Edictum²⁹⁾.

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio: ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Die Uebereinkunft über Verpfändung eines nomen ist vom Prätor durch Verleihung der hypothekarischen Formel zu schützen, so daß sowohl der Pfandgläubiger bei der Einziehung der dem verpfändeten Schuldner obliegenden Leistung, als auch der Schuldner gegen die Klage des Verpfänders Schutz findet. Deshalb (Ergo) soll der Pfandgläubiger den durch ihn eingezogenen Schuldgegenstand, wenn er in Gelde besteht, mit seiner Forderung compensiren, wenn er aber in einer nicht fungibeln Einzelsache (corpus) besteht, an Unterpfands Stelle (pignoris loco) behalten.

Danach ist erstens außer Zweifel, daß der Pfandgläubiger an der eingezogenen Einzelsache Pfandrecht und Pfandbesitz erwirbt; denn der Ausdruck pignoris loco esse bedeutet nicht etwa bloßes Retentionsrecht, da es dazu eines auf die Uneigentlichkeit des Ausdrucks hinweisenden Zusatzes bedürfte³⁰⁾, sondern bedeutet wirkliches zur Pfandklage und Pfandeinrede, ja nöthigenfalls auch zum Verkauf der Sache berechtigendes Pfandrecht³¹⁾, welches, je nachdem im Pfand-

²⁷⁾ cf. l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7) — Satisfactum autem accipimus — sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat. — S. §. 13. not. 111. — ²⁸⁾ l. 17 D. de pign. et hyp. (20. 1). S. §. 13. junot. 69. — ²⁹⁾ l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7). — ³⁰⁾ cf. Sintonis Pfandr. S. 158 ff. — l. 15 §. 2 D. de furt. (47. 2) — quasi pignoris loco. — l. 13 §. 8 D. de act. E. V. (19. 1) — quasi pignus retinere posse. — l. 31 §. 8 D. de aedil. ed. (21. 1) — pignoris loco retinere. — l. 14 §. 1 D. de furt. (47. 2) — perinde ac si pignus subtraxisset. — l. 11 §. 1 D. de pignor. et hyp. (20. 1) — retinere possessionem pignoris loco. — l. 22 D. de her. vel act. (18. 4), l. 5 D. de dote praeleg. (33. 4) — pignoris nomine tenere oder retinere. — ³¹⁾ Schol. 1 zu Basil. XXV; l. c. 18 pr. (Heimb. III, p. 61) — *ὑποθήκης δικαίω* — hypothecae jure.

pactum ein pignus engeren Sinnes oder eine hypotheca errichtet ist, bald als pignus mit juristischem, bald als hypotheca mit bloß natürlichem Besitze sich äußert und daher von den Basiliken abwechselnd überseht wird durch ἐν τάξει τοῦ ἐνεχύρου und durch ὑποθήκης δικαίω³²⁾.

Ebenso unzweifelhaft ist zweitens, daß auch das eingezogene Geld ursprünglich nur in das Pfandrecht und den Pfandbesitz des Pfandgläubigers fällt³³⁾; sonst würde es nicht erst der Compensation bedürfen, um dem Pfandgläubiger dauerndes Haben desselben zu verschaffen; denn die Compensation ist hier, wie in allen ähnlichen Fällen³⁴⁾, so zu denken, daß der Pfandgläubiger in Betreff der besessenen Geldstücke sein auf dem Pfandpactum beruhendes Pfandrecht gegen seine aus dem Pfandrealcontracte abfließende Verbindlichkeit zur Rückgabe aufrechnet und dadurch zugleich die Tilgung der pfandrechtlich gesicherten Schuldforderung herbeiführt³⁵⁾.

Sollte Paulus aber drittens den für den Pfandgläubiger durch die erzwingbare Leistung des verpfändeten Schuldners an den geleisteten Gegenständen unter allen Umständen bewirkten Erwerb vom Pfandrecht aus einem anderen Grunde als Folge (Ergo) des mit der Forderungsverpfändung verbundenen Klagrechts dargestellt haben, als weil er dieses Klagrecht des Pfandgläubigers als eine Anwendung der hypothekarischen Formel auffaßt mit dem jeder pignoris persecutio beigelegten Erfolge, eine in rem actio hypothecaria zu erzeugen?

Ich zweifle daran um so weniger, da man nicht wähen darf, die vom verpfändeten Schuldner zur Schuldverfüllung geleistete Uebergabe der Schuldgegenstände vereinige bloß dann mit der Bezahlung des Verpfänders zugleich die Zufriedenstellung des Pfandgläubigers, wenn die traditio nicht unmittelbar dem Verpfänder, sondern statt seiner dem Pfandgläubiger geschehen sei; denn das Gegentheil beweist ein vielbesprochenes Bruchstück, welches hier wenigstens insoweit

³²⁾ Basil. XXV, 2 c. 13 §. 2 (Heimb. III, p. 69). — Schöl. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 18 pr. (Heimb. III, p. 61). — — ³³⁾ cf. l. 7 §. 1 D. qui potior. (20. 4), l. 34 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 18 §. 10, l. 19, l. 20 D. de jure fisci (49. 14), l. 5 C. de privil. fisci (7. 73), Basil. IX, 9 c. 5 (Heimb. I, p. 482). Schöl. 2 zu Basil. XII, 1 c. 84 (Heimb. I, p. 789). — — ³⁴⁾ cf. l. 22 pr. l. 24 pr. D. de pignor. act. (13. 7), Paul. sent. rec. II, 5 §. 3. l. 1 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1, l. 2, l. 3 C. de pignor. act. (4. 24), l. 11 C. de usur. (4. 32), l. 9 C. de pignor. (8. 14), l. 2 C. de partu pign. (8. 25), l. 1 C. de distr. pign. (8. 28). — — ³⁵⁾ cf. l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). Basil. XXV, 1 c. 18 pr. mit Schöl. 1, XXV, 2 c. 13 §. 2 (Heimb. III, p. 60 sq. 69).

zu erklären ist, als dasselbe vom Pfandrechte an einer Forderung handelt. Es heißt bei

Marcianus lib. singul. Ad formul. hypothecar.³⁶⁾:

Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.

Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non? quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius lib. 7 ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Diese aus einem Werke über die hypothekarische Klage entlehnten und in den zur Erörterung dieser Klagen bestimmten³⁷⁾ Titel de pignoribus et hypothecis aufgenommenen Worte, welche eigentlich vom Pfandpfandrechte handeln, können nur von der hypothekarischen Klage verstanden werden. Auch wird der Ausdruck creditor, welcher im zweiten Satze entschieden den secundus creditor bedeutet, ebenso im ersten Satze zur Abwechslung für secundus creditor gebraucht sein. Marcian sagt also:

„Da man angenommen hat, daß ein Pfand wieder zum Pfande gegeben werden könne, so haftet dasselbe dem zweiten Gläubiger so weit, als beide Geldforderungen einander decken und unbezahlt sind, und es ist ihm zu diesem Zweck sowohl die exceptio als die actio utilis (sc. hypothecaria)³⁸⁾ zu geben. Hat der Eigentümer das Geld gezahlt (solverit), so erlischt damit das Pfandrechte sowohl des ersten Pfandgläubigers (durch solutio), als des zweiten Pfandgläubigers (durch satisfactio)³⁹⁾. Aber es kann die Frage aufgeworfen

³⁶⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Erklärungen f. unter anderem bei Merill. observ. VII, 35. — Glück Bd. 14, §. 58 ff. — Gaup de nominis pignore p. 40 sq. — Huschke de pign. nom. cett. p. 27 sq. — Rühlensbruch Gesf. 3. Aufl. §. 337 ff., 341 f., 343 ff. — Herr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 13, §. 355 ff.; Bd. 15, §. 86 ff. — v. Lechr ebendas. Bd. 15, §. 162. — Treitsche Verpfändungs- des Pfandgl. §. 18, §. 129 ff. — Ruchel über jura in re etc. 1. Aufl. §. 99. — Sutenis Pfandr. §. 159 f., §. 175 ff. — Huschke in Zeitschr. f. Civistr. und Proc. Bd. 20 §. 227 ff. — Dernburg Pfandr. Bd. 1 §. 467 f., §. 478 ff. — ³⁷⁾ §. 14 not. 14. —

³⁸⁾ cf. l. 1 C. si pign. pignori (8. 24). §. 15 not. 83. — §. 24. —

³⁹⁾ Basil. XXV, 2 c. 13 §. 2 (Heimb. III, p. 69): εἰ δὲ καταβληθῇ μοι τὸ χρεός, ἐκατέρα ὑποθήκη λύεται — si vero debitum mihi (sc. primo creditori) solutum sit, utraque hypotheca solvitur.

werden, ob dem zweiten Pfandgläubiger wegen der gezahlten Geldstücke (*nummorum solutorum nomine*) eine *utilis actio* (sc. in rem *hypothecaria*) zu geben sei, oder nicht. — Denn wie, wenn ein *corpus* (*res*) gezahlt wäre? — Und wahr ist, was Pomponius schreibt: »Wenn derjenige, dessen *nomen* verpfändet ist, Geld schuldet, so hat der Gläubiger, welcher dieses eintreibt, zu compensiren; wenn jener aber ein *corpus* schuldet, so bleibt es beim zweiten Gläubiger an Unterpfands Stelle.«

Pomponius giebt dem Forderungspfandgläubiger, welcher sich durch seine *utilis actio* in den Besitz eines *corpus debitum* gesetzt hat, das Recht, dies *corpus pignoris loco* zu behalten, also auch, wenn er dieserhalb vom Verpfänder oder einem Dritten mit der *reivindicatio* angegriffen wird, dasselbe durch eine *exceptio in rem hypothecaria* zu schützen. Da aber diese *exceptio* des Besitzers ein Pfandrecht am *corpus* voraussetzt, welches dem Nichtbesitzer eine entsprechende *actio* verleiht: so folgt aus dem Vordersatze die Bejahung der Frage, ob dem Forderungspfandgläubiger, oder, wie ihn Marcian mit Beziehung auf das ihm zugleich in Afterpfand gegebene Pfandrecht nennt, dem Afterpfandgläubiger wegen des unmittelbar oder in der Person des Forderungspfandgläubigers mittelbar dem Verpfänder vom verpfändeten Schuldner gezahlten *corpus debitum* eine *hypothecaria in rem actio* zustehe.

Demjenigen Forderungspfandgläubiger, welcher sich in den Besitz der *pecunia debita* gesetzt hat, giebt Pomponius das Recht der Compensation, also nach unserer obigen Ausführung ebenfalls Pfandrecht und Pfandbesitz an den einzelnen Geldstücken (*nummi*) und eine *exceptio in rem hypothecaria*. Auch diese *exceptio* entspringt aus einem Pfandrechte, welches für den Nichtbesitzer eine *actio in rem hypothecaria* hervorbringt⁴⁰⁾. Marcian hat also auch die Frage: *numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non?* bejahen und die Bejahung durch die mit: *Quid enim* eingeleitete folgende Frage, welche sich auf die *res soluta* bezieht, andeuten wollen⁴¹⁾. Er hat ohne Weiteres von der *exceptio* auf die *actio* geschlossen, wie anderwärts

⁴⁰⁾ cf. l. 19 D. de jure fisci (49. 14), l. 5 C. de privil. fisci (7. 73) und Basil. IX, 9 c. 5 (Heimb. I, p. 482) — *μετὰ ταῦτα δὲ κινεῖ ὁ δημόσιος κατ' αὐτοῦ ὑποθηκαρίαν ἀγωγὴν, λέγων, ὅτι τὰ χρήματα, ἅπερ ἰδεῖτο παρὰ τοῦ χρεώστου μου εἰς καταβολήν, ὑπέκειντό μοι* — *agat autem fiscus postea adversus cum hypothecaria actione, dicens: pecuniae, quas a debitore meo solutionis causa accepisti, obligatae mihi erant.* — S. §. 14 not. 33. — ⁴¹⁾ Vergl. l. 16 §. 4 D. de pignor. (20. 1). — Sinteris Pfandr. S. 181. — Gepp im Arch. f. civ. Pr. Bd. 13, S. 359 Anm. 11.

ohne Weiteres von der intentio auf die exceptio geschlossen wird⁴²⁾, und hat sich des Ausdrucks *nummi* absichtlich bedient, um schärfer die einzelnen Geldstücke als Gegenstand der hypothecaria in rem actio hervorzuhellen⁴³⁾; hat endlich absichtlich unbestimmt gelassen, ob die durch den Eigenthümerwerb des Verpfänders bedingte solutio der Geldstücke dem Verpfänder unmittelbar oder in der Person des Forderungspfandgläubigers mittelbar geleistet worden sei, um zu erkennen zu geben, daß unter beiden Voraussetzungen gleichmäßig nicht bloß durch Erfüllung der verpfändeten Schuld das dafür bestellte erste Pfandrecht aufgehoben werde, sondern auch das nach Umständen durch exceptio oder actio in rem hypothecaria zu schützende Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers an der res soluta in Wirksamkeit trete und dem Pfandgläubiger diejenige satisfactio gewähre, welche das Pfandrecht am nomen und das Alsterpfandrecht an dem zur Sicherheit des nomen bestellten ersten Pfandrechte aufhebt. Legen doch sogar die Basiliken der Entscheidung ausdrücklich den Fall zu Grunde, daß die Zahlung vom verpfändeten Schuldner unmittelbar dem Verpfänder geleistet worden sei⁴⁴⁾.

Für den Fall, wenn das nomen Mehreren verpfändet worden ist, folgt aus diesem Satze, daß die dem Verpfänder unmittelbar, wie die dem Verpfänder in der Mittelsperson eines Pfandgläubigers geleistete solutio allen Pfandgläubigern Pfandrecht an den res solutae und somit satisfactio verschafft, obgleich alle Pfandgläubiger oder wenigstens Alle bis auf Einen des Pfandbesitzes entbehren.

Steht nun aber auch fest, daß die dem Verpfänder des nomen geleistete Zahlung unter allen Umständen dem Verpfänder Eigenthum und den Pfandgläubigern ein durch exceptio und actio in rem hypothecaria zu verfolgendes Pfandrecht an den res solutae gewährt, so bleibt doch schließlich die Frage, warum Paulus und der von Marcian citirte Pomponius das Pfandverhältniß der Forderungspfandgläubiger zu den vom verpfändeten Schuldner tradirten res debitae nicht geradezu pignus, sondern bloß pignoris loco —

⁴²⁾ l. 1 C. si pign. conv. (8. 33.) §. 16 not. 75. cf. Basil. XXV, 7 c. 55 (Heimb. III, p. 89). — — ⁴³⁾ Nummi können ebenso wohl Gegenstand der hypothecar. in rem actio sein (f. §. 14 not. 33), als sie Gegenstände der reivindicatio sind. — cf. l. 11 §. 2, l. 14, l. 31 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1), l. 67 D. de jure dot. (23. 3), l. 78 D. de solut. (46. 3), l. 24 §. 2 D. de reb. auctor. jud. (42. 5), l. 8 C. depos. (4. 34), §. 2 J. quib. alien. lic. (2. 8). — — ⁴⁴⁾ Basil. XXV, 2 c. 13 §. 2 (Heimb. III, p. 69) — εἰ δὲ καταβληθῇ μοι τὸ χρῆμα, ἑκάτερον ὑποθήκη λύεται — si vero debitum mihi (sc. primo creditori) solutum sit, utraque hypotheca solvitur.

ἐν τᾷ ῥάξει τοῦ ἐνεχύρου — nennen⁴⁵⁾). Die Antwort ist leicht gegeben, da offenbar aus demselben Grunde Marcian dem Forderungspfandgläubiger hinsichtlich der vom verpfändeten Schuldner gezahlten res debitaе — seien es corpora oder nummi — keine directa, sondern bloß eine utilis actio und utilis exceptio in rem hypothecaria zuschreibt. Utilis ist die actio und exceptio nämlich deshalb, weil sie sich auf die Fiction stützt, als ob der erst mit der Zahlung ins Eigenthum des Verpfänders gelangte Gegenstand des verpfändeten nomen nicht bloß als res debita, sondern schon als res soluta oder als Eigenthum zur Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders gewesen wäre⁴⁶⁾, um durch rückwärts wirkende Confirmation des Pfandrechts⁴⁷⁾ den Pfandgläubigern an der Sache dieselbe Priorität, welche sie am nomen hatten, zu sichern⁴⁸⁾, und das Pfandrecht an der Sache selbst dann entstehen zu lassen, wenn die Zahlung erst nach des Verpfänders Tode geschieht⁴⁹⁾; denn von diesem Erfolge, welcher immer eintritt bei der Verpfändung einer res futura, deren rechtlicher Grund bereits zur Zeit der Verpfändung existirte⁵⁰⁾, findet gerade das Gegentheil Statt bei einer res aliena, welche unter der Bedingung, wenn sie ins Eigenthum des Verpfänders gelangen sollte, verpfändet ist, und nach Erfüllung der Bedingung direct, für die Vergangenheit aber gar nicht dem Pfandrecht unterworfen wird⁵¹⁾. Auch ist natürlich von keiner utilis, sondern von einer directa hypothecaria in rem actio der Forderungspfandgläubiger hinsichtlich der gezahlten res debitaе die Rede, wenn der Verpfänder schon zur Zeit, als er mit dem nomen die res debitaе verpfändete, Eigenthümer der res debitaе war⁵²⁾, z. B. in dem Falle, wenn er mit der actio depositi die res depositae zum Pfande bestellte⁵³⁾.

b. Der zweite der oben hervorgehobenen Sätze, daß die Verpfändung der res debita die Verpfändung des nomen in sich schließt,

⁴⁵⁾ cf. l. 11 §. 1 D. de pign. et hyp. [(20. 1), Basil. XXV, 2 c. 11 (Heimb. III, p. 69)]. — — ⁴⁶⁾ cf. l. 8 pr. D. de contrah. emt. (18. 1). — — ⁴⁷⁾ l. 56 D. ad Sct. Trebell. (36. 1) — pignora confirmari. — — ⁴⁸⁾ l. 3 §. 1 D. qui potior (20. 4). — S. §. 33. — Die vom verpfändeten Schuldner als wirklichen Eigenthümer später auf die Sache gelegten Pfandrechte gehen indeß natürlich vor. l. 35 §. 1 D. de donat. (39. 5). — — ⁴⁹⁾ l. 29 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1) — ex alia causa acquisita. — — ⁵⁰⁾ l. 11 §. 3 D. qui potior (20. 4), cf. l. 8 pr. D. de contrah. emt. (18. 1). — Franche im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30, S. 180 ff. — — ⁵¹⁾ l. 16 §. 7 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 §. 1 D. qui potior. (20. 4). — l. 29 pr. l. 34 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 30 C. de pact. (2. 3), cf. l. 26 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — ⁵²⁾ cf. l. 15 D. de reg. jur. (50. 17). — — ⁵³⁾ cf. l. 15 §. 11. 12 D. de re judic. (42. 1).

bewahrheitet sich theils direct durch einen Ausspruch Ulpian's, theils indirect durch das Verhältniß des zweiten Pfandpfandgläubigers zu der nach dem Pfandverkaufe des ersten Pfandpfandgläubigers in dessen Hände gelangten Hyperocha.

Der Ausspruch Ulpian's findet sich im 63. Buche zum Edict, dahin lautend⁵⁴⁾:

Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificiorum credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

Obgleich hier nicht die Miethforderung, sondern deren Gegenstand, die Miethgelder⁵⁵⁾, zunächst verpfändet sind, so soll doch diese Verpfändung der res debitae dem Gläubiger auch (etiam) utiles actiones gegen die Miether gewähren, indem wie bei der Verpfändung einer cautio⁵⁶⁾ neben der oder den res auch das betreffende nomen als verpfändet angenommen wird.

Das Verhältniß des zweiten Pfandgläubigers zu der durch den Pfandverkauf in des ersten Pfandgläubigers Hände gelangten Hyperocha beruhet auf den zur Verpfändung einer Sache an zweiter Stelle gebräuchlichen Formeln:

ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata,

oder:

ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit,

indem man darüber einig war, daß, auch wenn diese Formeln nicht angewandt waren, dessenungeachtet der Inhalt des Pfandvertrags deren Sinne entsprechen müsse⁵⁷⁾.

Die Worte: quod excedit priorem obligationem heißen nicht, was die frühere Schuld übersteigt, sondern was am Werthe der Sache die frühere Verpfändung übersteigt, die hyperocha rei⁵⁸⁾, das superfluum⁵⁹⁾. Demgemäß hat der erste Pfandgläubiger die hy-

⁵⁴⁾ l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁵⁵⁾ cf. Basil. XXV, 2 c. 20 (Heimb. III, p. 71) ὁ λαβὼν ἰδιωτὴς παρὰ τοῦ χρεώστου εἰς ὑποθήκην ἐπὶ πληρώσει τοῦ χρεώου στεγασίματα. — Qui specialiter a debitore pensiones pignori accepit, debiti solvendi causa. — l. 15 §. 11. 12 D. de re judic. (42. 1) in Verbindung mit l. 5 §. 9 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9). — — ⁵⁶⁾ l. 7 C. de her. vel act. (4. 39). §. 24. — — ⁵⁷⁾ l. 15 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. Hufsch. in Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 4, S. 400 ff. — — ⁵⁸⁾ l. 20 D. qui potior (20. 4). — — ⁵⁹⁾ l. 13 D. qui potior (20. 4), l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3), l. 15 §. 5 D. de re judic. (42. 1), l. 6 pr. D. de naut. foen. (22. 2), l. 5 C. si vend. pign. agat. (8. 30), l. 20 C. de distr. pign. (8. 28), l. 24 §. 2 D. de pign. act. (13. 7).

perocha rei, welche er durch Verkauf der Sache in Besitz bekommen hat, dem zweiten Pfandgläubiger herauszugeben und zu dem Ende eine Klage des zweiten Pfandgläubigers zu gewärtigen⁶⁰), über deren Natur viel gestritten wird⁶¹). Und doch kann die Klage nur die vom zweiten Pfandgläubiger mit der hypothekarischen Formel zu verfolgende *pignoratitia in personam actio* des Verpfänders sein; denn während zur *hypothecaria in rem actio* der Klaggegenstand nicht paßt, so hat gleichwohl der zweite Pfandgläubiger sein Klagrecht vom Verpfänder abzuleiten und der Verpfänder gegen den ersten Pfandgläubiger mit der *pignoratitia actio* die *Hyperocha* einzuklagen⁶²). Ist dieses richtig, so ist durch die oberrwähnten Formeln für den Fall, daß durch den Pfandverkauf des ersten Pfandgläubigers die *Hyperocha* in dessen Hände gelangt, nur die *res debita* verpfändet, aber dessenungeachtet aus dieser Verpfändung eine Verpfändung des *nomen* abgeleitet, welche dem zweiten Pfandgläubiger eine *utilis actio* gegen den ersten Pfandgläubiger gewährt.

Diese *utilis actio* verschafft dem zweiten Pfandgläubiger allerdings zunächst nur Pfandrecht und Pfandbesitz an dem eingeklagten Gelde, dessen Eigenthum bereits vom ersten Pfandgläubiger dem Verpfänder erworben ist; allein der zweite Pfandgläubiger kann sofort sein Pfandrecht mit seiner durch die *pignoratitia actio* des Verpfänders gegen ihn erzwingbaren Verbindlichkeit zur eventuellen Rückgabe des verpfändeten Geldes aufrechnen und durch Compensation zugleich wegen seiner Schuldforderung sich bezahlt machen. Das ist es, was Papinian im 11. Buche seiner *Responsen* bezeugt, wenn er für den Fall, daß dieselbe Sache einem Pfandgläubiger für zwei verschiedene Forderungen einmal an erster, sodann an zweiter Stelle verpfändet und auf Grund des der ersten Pfandübereinkunft beigefügten *pactum de vendendo* verkauft ist, den Erfolg dahin beschreibt⁶³):

prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur.

Im Gegensatz der *solutio* der ersten Schuld⁶⁴) soll die zweite Schuld durch Compensation getilgt werden, weil der Verkäufer nach juristischer Vorstellung in seiner Eigenschaft als erster Pfandgläubiger zunächst an der ganzen Kaufgeldsumme für sich nur Pfandbesitz, für

⁶⁰) l. 12 §. 5 D. qui potior (20. 4). C. §. 35. — — ⁶¹) cf. Cujac. opp. IV, p. 1291. — Bachofen Pfandr. Thl. I, C. 492. — Ant. Fabri error. pragmatic. LXII, 6. — — ⁶²) l. 6 §. 1, l. 7, l. 24 §. 2, l. 42 D. de pignor. act. (13. 7), l. 20 C. de distr. pign. (8. 28). — — ⁶³) l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3). — cf. l. 20 D. qui potior (20. 4), l. 12 §. 5 D. eod. — — ⁶⁴) C. §. 23 not. 3.

den Verpfänder dagegen Eigenthum erwirbt, darauf aber sofort den Pfandbesitz, soweit die erste Forderung reicht, zufolge der im pactum de vendendo vom Verpfänder erhaltenen Anweisung mit dem Erfolge der solutio in Eigenthum verwandelt, und, soweit ein Ueberschuß vorhanden ist, an sich als zweiten zur utilis pignoratitia actio berechtigten Pfandgläubiger abgeliefert, um nun hinsichtlich dieses Ueberschusses (superfluum) sein zweites Pfandrecht mit seiner durch die actio pignoratitia directa vom Verpfänder erzwingbaren Verbindlichkeit zur Rückgabe aufzurechnen und auf diese Weise die zweite Pfandschuldforderung durch Compensation zu tilgen.

Bei der ersten Verpfändung der Sache fallen natürlich die oben erwähnten Clauseln hinweg. Ebendaher kann dem ersten Pfandgläubiger keine utilis pignoratitia actio gegen den zweiten Pfandgläubiger gegeben werden, wenn dieser das Pfand verkauft hat. Nichts anderes besagen die auf einen Fall dieser Art bezüglichen Worte Papinianus⁶⁵⁾:

Sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit, nec utilis danda est.

Denn zu dem Ausdrucke utilis ist in personam actio und zwar in personam actio pignoratitia hinzuzudenken, da übersetzt werden muß: Aber wegen dieser Sache ist eine in personam actio gegen ihn dem Gläubiger, welcher seine Pfänder verfolgt, nicht direct zuständig, auch nicht als utilis zu geben⁶⁶⁾.

Die Verpfändung einer res debita ist hiernach sehr verschieden von der Verpfändung einer res aliena unter der Bedingung, wenn sie in das Eigenthum des Verpfänders kommen sollte. Hier wird die Sache als eine dem Vermögen des Verpfänders ganz fremde, dort als eine demselben wenigstens obligatorisch zugehörige gedacht; hier tritt Pfandrecht erst mit Erfüllung der Bedingung, dort sofort mit Abschluß des Pfandvertrags ins Leben; dort, nicht aber hier, kann deshalb, um unter mehreren Pfandgläubigern das privilegium temporis zu behaupten und das Pfandrecht nicht durch den vor der solutio der res debita erfolgten Tod des Verpfänders vereiteln zu lassen, mit Rücksicht auf den Satz⁶⁷⁾:

id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, trotz des späteren Eigenthumserwerbs allenfalls fingirt werden, das Eigenthum sei dem Verpfänder schon zur Zeit des Pfandvertrags erworben gewesen. Die wirkliche Anwendung dieser Fiction wird denn

⁶⁵⁾ l. 1 pr. D. de distr. pign. (20. 5). — — ⁶⁶⁾ Ueber diesen Gegensatz vergl. §. 1 J. de perpet. et tempor. act. (4. 12). — — ⁶⁷⁾ l. 143 D. de V. S. (50. 16), cf. l. 5 §. 9 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9).

auch von Papinian bestätigt, indem aus dessen im 11. Buche seiner Responzen enthaltenen Worten für die *res debita* positiv folgender Satz abzuleiten ist⁶⁸⁾:

in speciem — alienae rei collata conventione, si — fuit ei, qui pignori dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, non difficile creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur.

Wir haben nun das Ergebnis vollständiger Uebereinstimmung zwischen der Verpfändung des *nomen* und der Verpfändung der *res debita* gewonnen. Beides sind nur verschiedene Ausdrucksweisen für dieselbe Sache, gleichwie einerlei ist: der Erbübergang der *nomen* und der Dinge: *quae in nominibus sunt*⁶⁹⁾; das Legat des *nomen* und der *res debita*⁷⁰⁾; die Cession der Pfandklage und der verpfändeten Gegenstände⁷¹⁾; die Verpfändung des Pfandrechts und die Verpfändung der *res pignorat*⁷²⁾. — Die Verpfändung des *nomen*, wie die Verpfändung der *res debita* geben beide dem Pfandgläubiger mittelst der hypothekarischen Formel eine *utilis actio*, welche dem Pfandgläubiger demnächst Pfandrecht an der gezahlten *res debita* oder an der statt derselben gezahlten *litis aestimatio*^{72a)} verschafft; ein Erfolg, der selbst dann eintritt, wenn etwa der Pfandgläubiger bei der ihm für den Verpfänder geschehenen Tradition nicht für diesen, sondern für sich Eigenthumsbesitz und Eigenthum erwerben wollte; denn bei dem Willen des Tradenten, Eigenthumsbesitz und Eigenthum auf den Repräsentirten zu übertragen, würde der entgegengesetzte Wille des Repräsentanten den Eintritt der beabsichtigten Wirkung nicht zu hindern im Stande sein⁷³⁾. Auch die Vermögensvereinigung zwischen dem Pfandgläubiger und dem verpfändeten Schuldner kann keinen anderen Erfolg herbeiführen; denn dadurch erlischt das Pfandrecht am *nomen* nicht anders, als ob der verpfändete Schuldner an sich selbst als Pfandgläubiger *satisfactio* und zugleich an den Verpfänder *solutio* geleistet hätte⁷⁴⁾. Das Pfandrecht am *nomen* verwandelt sich also abermals in ein Pfandrecht an

⁶⁸⁾ l. 1 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁶⁹⁾ l. 37 D. de acquir. vel amitt. her. (29. 2). — Gaj. III, 83 — *res, quaecumque eis debita sunt.* — — ⁷⁰⁾ l. 39 §. 3 D. de legat. I (30), l. 21, l. 25 D. de liber. leg. (34. 3), §. 21 J. de legat. (2. 20), l. 44 §. 6, l. 75 §. 2, l. 105 D. de legat. I (30), l. 59 D. de legat. III (32). — — ⁷¹⁾ l. 2, l. 11, l. 21 C. de fidejuss. (8. 41). — ⁷²⁾ C. §. 15. — ^{72a)} C. §. 101. — ⁷³⁾ l. 13 D. de donat. (39. 5). v. Savigny Besß. C. 353 not. 1. — — ⁷⁴⁾ l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3). C. §. 14 not. 63 in Verbindung mit l. 41 §. 2 D. de evict. (21. 2), l. 33 D. solut. matrim. (24. 3), Basil. XXVIII, 8 c. 33 (Heimb. III, p. 274), l. 71 pr. D. de fidej. (46. 1), l. 58 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 1 §. 18 D. ad leg. Falcid. (35. 2) und l. 95 pr. D. eod. — l. 95 §. 2 D. de solut. (46. 3). — Zitting Correalobligat. C. 123 ff.

der früheren res debita, welche fortan pignoris loco für die Schuld des Verpfänders besessen und, sofern sie Geld ist, durch Compensation zur definitiven Befriedigung verwandt wird.

Daß aber der Verpfänder genöthigt ist, die durch die Verpfändung dem Pfandgläubiger ertheilte Ermächtigung, Zahlung für ihn anzunehmen⁷⁵⁾, unter allen Umständen anzuerkennen, bestätigt Paulus in dem vorhin abgedruckten Bruchstücke, welches dem verpfändeten Schuldner gegen jede spätere Klage des Verpfänders Schutz verheißt⁷⁶⁾.

II. Die zweite Voraussetzung der Pfandklage des Forderungspfandgläubigers geht dahin:

daß die verpfändete Forderung zur Zeit der Verpfändung in des Verpfänders Vermögen sich befunden habe (in bonis debitoris fuisse).

Diese Voraussetzung bestätigt unser Rescript dadurch, daß es einerseits in Uebereinstimmung mit anderen Stellen⁷⁷⁾ die Klage des Pfandgläubigers gegen den verpfändeten Schuldner als analoge Schuldklage (utilis actio) darstellt, andererseits deren Wirksamkeit von jeder erst nach der Verpfändung begründeten Aufhebung der directen Klage des Verpfänders unabhängig erklärt, sofern die Aufhebung nicht zugleich als satisfactio des Pfandgläubigers zu gelten vermag.

Jener Seite entspricht, daß unser Rescript den verpfändeten Schuldner dem Pfandgläubiger nur insoweit verhaftet sein läßt, quatenus ipse debet (sc. ei, qui pignori dedit)⁷⁸⁾; denn wegen der Unmöglichkeit, mehr Rechte zu übertragen, als man hat⁷⁹⁾, ist in dieser Bestimmung enthalten, nicht bloß, daß die utilis actio des Pfandgläubigers über den Betrag der directa actio des Verpfänders nicht hinausreicht⁸⁰⁾, sondern auch, daß sie vor deren Verfall nicht klagbar ist⁸¹⁾ und überhaupt allen denjenigen dem Klagrechte des Verpfänders

⁷⁵⁾ l. 11 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7). C. §. 15. — — ⁷⁶⁾ C. §. 14 not. 29. — — ⁷⁷⁾ cf. l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1). C. §. 14 not. 54. Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 7 (Heimb. III, p. 22), Schol. 1 fin. und Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21), Schol. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 30 (Heimb. IV, p. 222 sq.) und Petri exc. II, 40. — — ⁷⁸⁾ cf. Petri except. II, 40: — ut, secundum quod ei debeat, tuo debito satisfaciatur. — — ⁷⁹⁾ l. 175 §. 1, l. 177 D. de reg. jur. (50. 17). — —

⁸⁰⁾ Schol. 1 fin. zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21): — *καὶ τὰς οὐτέρας κατὰ τὸ πόσον τοῦ χρέους χρεώστων ἐκείνων* — utiles actiones intendere potest pro modo debiti debitoris illius. — l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1) — quatenus utraque pecunia debetur. — l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7) — soluta pecunia — nec quicquam amplius praestare cogitur — domino solvente pecuniam, quam debuit. — — ⁸¹⁾ Eine die Regel bestärkende Ausnahme findet sich beim Fiscus im Falle der l. 1 C. de condict. ex lege (4. 9) cf. Petri exceptiones II, 28. — Andere Besonderheiten der Primivitarfschulden s. in l. 4 C. in quib. caus. tac. (8. 15), l. 4 C. de primipil. (12. 63).

entgegenstehenden Einreden unterliegt, deren rechtlicher Grund bereits vor der Verpfändung gelegt worden ist; non enim — sagt Papinian⁸²⁾ — plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit.

Die utilis actio des Forderungspfandgläubigers gewährt dem Letzteren auch die sachlichen, wenngleich nicht die persönlichen Privilegien des Verpfänders⁸³⁾ und ist überhaupt der utilis actio des Cessionars verwandt.

Dieser Verwandtschaft gedenkt folgende Basilikenscholie⁸⁴⁾:

Ὁ μέντοι γε ἀγοράσας ἀγωγὴν, πάντως αὐτὴν δύναται κινεῖν σοὺο νόμινε· ὁμοίως δὲ καὶ ὁ λαβὼν γραμματεῖον εἰς ὑποθήκην καὶ αὐτὸς δύναται κινεῖν, ὡς ἐν τῇ ὑποθηκαρίᾳ ἐγνώμεν.

Da es keinen allgemeinen Titel über die hypothekarische Klage giebt, worin von etwas Anderem als eben von dieser Klage die Rede sein könnte, so ist hier die utilis actio des Forderungspfandgläubigers unverkennbar als eine Anwendung der hypothekarischen Klage auf verpfändete nomina dargestellt, gleichwohl aber deren Ähnlichkeit (ὁμοίως) mit der utilis actio des Forderungskäufers hervorgehoben, die darin besteht, daß beide Klagen vom Kläger im eignen Namen angestellt werden, um an fremden Forderungsrechten eigne Rechte — nämlich Pfandrecht und prätorisches Eigenthum — zu verwirklichen^{84a)}.

Aus derselben Ähnlichkeit folgt Pomponius, daß der von einem Dritten mit der reivindicatio in Anspruch genommene Käufer einer Sache, welchem der Verkäufer die Evictionsforderung gegen seinen Gewährsmann cedirt oder verpfändet hat, jenem Gewährsmanne des Verkäufers den Streit verkünden darf, weil der Käufer als Pfandgläubiger sowohl wie als Cessionar den Verkäufer vertritt⁸⁵⁾.

Dieser Seite dagegen entspringt für den verpfändeten Schuldner die Folge, welche von unserem Rescripte dahin:

nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere compelletur,

und mit noch größerer Schärfe von den Basiliken ausgesprochen wird in den Worten⁸⁶⁾:

⁸²⁾ l. 3 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁸³⁾ l. 68 D. de reg. jur. (50. 17). cf. l. 42 D. de admin. et per. tut. (26. 7). — — ⁸⁴⁾ Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21): Qui tamen actionem emit, utique suo nomine eam movere potest. Similiter autem, qui nomen pignori accepit, potest etiam ipse agere, ut in hypothecaria didicimus. — — ^{84a)} Vergl. Th. II, Abth. 2. — — ⁸⁵⁾ l. 59 D. de evict. (21. 2). — — ⁸⁶⁾ Basil. XXV, 5 c. 23 (Heimb. III, p. 82): — si tamen, postquam a te certior factus est, creditori suo solverit, nihilominus tibi tenetur.

*εἰ μέντοι μετὰ τὸ γνωρίσαι σε αὐτὸ τοῦτο κατέβαλεν τῷ
ιδίῳ δανειστῇ, οὐδὲν ἤττον ὑπόκειται σοι,*

d. h. wenn der verpfändete Schuldner, nachdem er durch den Pfandgläubiger von dem Pfandrechte in Gewißheit gesetzt ist, dem eignen Gläubiger (d. i. dem Verpfänder) zahlt, so soll er nichtsdestoweniger dem Pfandgläubiger pfandrechtl. verhaftet bleiben (*ὑπόκειται*) und mittelst der gerade durch diesen Ausdruck der Basiliken wieder sehr deutlich als Pfandklage bezeichneten *utilis actio* nach wie vor den Pfandgläubiger zufrieden zu stellen (*satisfacere*) angehalten werden; denn es ist — wie bald näher dargethan werden wird — der dem Verpfänder in Person geleisteten Zahlung durch die vorgängige Certioration des verpfändeten Schuldners die ihr sonst zukommende Wirksamkeit als Zufriedenstellung (*satisfactio*) des Pfandgläubigers benennen und im Uebrigen durch die Formelfassung die Verurtheilung des verpfändeten Schuldners bloß von der trotz der späteren *solutio* unseugnaren Thatsache abhängig gemacht, daß das verpfändete nomen zur Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders sich befunden habe.

Gleich der als *satisfactio* unwirksam gemachten *solutio* müssen nun um so mehr alle übrigen *ipso jure* oder *ope exceptionis* die verpfändete Obligation betreffenden Aufhebungsgründe, welche erst nach der Verpfändung entstehen und nicht als *satisfactio* zu gelten vermögen, der *utilis actio* des Pfandgläubigers unschädlich bleiben, so daß unter Anderem mit oder ohne vorgängige Certioration die nach der Verpfändung zwischen der Schuld des verpfändeten Schuldners und der verpfändeten Forderung des Verpfänders eingetretene Confusion zwar, sofern es sich um ein *corpus debitum* handelt, (weil nicht bloß der Verpfänder Eigenthümer oder der Eigenthümer Verpfänder wird, sondern auch gleich als hätte eine Zahlung stattgefunden⁸⁷⁾, der Pfandgläubiger Pfandrecht am Eigenthum des *corpus* erlangt, durch *satisfactio* das Forderungspfandrecht beseitigt, dagegen sofern eine Quantität in Frage steht (*nomen pecuniarium*), (weil nicht zu demselben Betrage an einzelnen individuell bestimmten Geldstücken (*nummi*) ein mit der *utilis hypothecaria in rem actio* verfolgbares Pfandrecht entstanden ist,) eben so wenig als die zwischen der Schuld des verpfändeten Schuldners und einer nach der Verpfändung entstandenen Schuld des Verpfänders eingetretene Compensation dem Pfandgläubiger präjudicirt⁸⁸⁾, auch die nach der Verpfändung zwischen dem Verpfänder und dem verpfändeten Schuldner geschlossenen Nachlaßverträge, Vergleiche, Novationen

⁸⁷⁾ C. §. 14 not. 74. — — ⁸⁸⁾ arg. l. 3 pr. D. de separat. (42. 6.)

u. s. w., ja selbst die nach der Verpfändung zwischen dem Verpfänder und dem verpfändeten Schuldner geführten Prozesse den Pfandgläubiger nur insofern einer *exceptio doli* aussetzen, als er gleich dem Sachpfandgläubiger in ähnlicher Lage dem Sachverpfänder gegenüber, die Handlungen des Verpfänders durch Intervention hindern konnte, jedoch wissentlich zu hindern unterließ⁸⁹⁾. Ulpian bezeugt demgemäß, daß der Gläubiger seine Forderung trotz deren Verpfändung gerichtlich verfolgen kann, ohne selbst oder in der Person seines *Procurators* für die Genehmigung des Forderungspfandgläubigers *Caution* stellen zu müssen⁹⁰⁾. Der Forderungspfandgläubiger behält eben trotz der Proceßführung des Verpfänders und trotz des für den Verpfänder durch processualische Consumtion oder *res judicata* bewirkten Klagsrechtsverlustes sein Klagrecht, ohne — von dem eben erwähnten Ausnahmefalle abgesehen⁹¹⁾ — Einreden befürchten zu müssen, bis er in der dem Verpfänder geleisteten Zahlung zugleich Zufriedenstellung empfangen hat. Daß hieraus möglicherweise für Dritte und insbesondere für den verpfändeten Schuldner Gefahr erwächst, ist wahr, allein nur die allgemeine Folge des dem römischen Pfandrechte überhaupt anhaftenden Mangels an Oeffentlichkeit und kaum in höherem Grade dem Forderungspfandrechte eigen, als dem Sachpfandrechte.

Die in Frage stehende Fassung der Klagformel ist es also, welche dem Forderungspfandgläubiger der Idee des Pfandrechts entsprechend die vom persönlichen Credite des Verpfänders unabhängige Sicherheit verleiht; welche bewirkt, daß der Gläubiger eine an einen Anderen cedirte Forderung nicht mehr gültig verpfänden und eine verpfändete Forderung zwar cediren, aber nur *cum sua causa*, also unbeschadet des daran haftenden Pfandrechts, cediren kann, und selbst den vom Cessionar eingeklagten Schuldgegenstand, weil derselbe erst nach dem Durchgange durch das Eigenthum des Cedenten dem Cessionar eigenthümlich erworben wird, dem Pfandrechte des Forderungspfandgläubigers nicht zu entziehen vermag⁹²⁾; daß ein Pfandrecht an der eignen Forderung statthaft ist, sofern erst nach der Verpfändung entweder die verpfändete Forderung an den Pfandgläubiger, oder das Pfandrecht

⁸⁹⁾ l. 63 D. de re jud. (42. 1), l. 4 §. 4 D. de appellat. (49. 1), l. 29 §. 1 D. de exc. rei judic. (44. 2), l. 21 D. quae in fraud. credit. (42. 8). S. §. 16 und §. 24. cf. l. 1 §. 3 D. de tribut. act. (14. 4), l. 3 D. de reg. jur. (50. 17). — ⁹⁰⁾ l. 39 §. 2 D. de procur. (3. 3). Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 39 §. 2 (Heimb. I, p. 375 sq.). — ⁹¹⁾ Und selbst dann nicht, wenn der Pfandgläubiger eine Cession des Verpfänders darzulegen vermag. l. 5 C. de pign. et hyp. (20. 1). — Vergl. überhaupt über l. 63 D. de re jud. (8. 14) Endemann, Princip der Rechtskraft S. 142 ff. — ⁹²⁾ cf. Paul. sent. rec. IV, 12 §. 6. l. 15 C. de pignor. (8. 14).

an den Inhaber der verpfändeten Forderung gelangt⁹³), daß überhaupt alle wegen dieser Formelfassung dem Sachpfandrechte zuzuschreibenden Eigenthümlichkeiten auch dem Forderungspfandrechte nicht abzusprechen sind.

III. Die dritte Voraussetzung,

daß weder solutio, noch satisfactio, noch Verschuldung unterliegender solutio oder satisfactio dem Pfandgläubiger einzuwenden sei, — wird

1. was die solutio betrifft,

von unserem Rescripte erwähnt theils in der Bestimmung, daß der Verpfänder den Pfandgläubiger noch nicht befriedigt haben darf (*si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti*), indem hier der Ausdruck *satisfacere* in einer weiteren, sowohl die solutio als die satisfactio engeren Sinnes umfassenden Bedeutung gebraucht⁹⁴) und in den Basiliken geradezu mit *καταβάλλειν* übersetzt ist; theils in der ferneren Bestimmung, wonach der verpfändete Schuldner nicht soll genöthigt werden können, über die vom Verpfänder dem Pfandgläubiger geschuldete Summe hinaus den Pfandgläubiger zu befriedigen (*satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur*). Da nämlich unser Rescript voraussetzt, daß sowohl die durch die Verpfändung gesicherte Hauptschuld des Verpfänders, als auch die verpfändete Schuld seines Schuldners in Gelde besteht und daß jene Schuld geringer ist, als diese: so braucht der verpfändete Schuldner nur anstatt des Verpfänders den geringeren Betrag jener Schuld ins Eigenthum des Pfandgläubigers zu übertragen, um sich durch diese allerdings im Namen des Verpfänders zu leistende solutio von der durch die utilis actio bezweckten satisfactio, d. h. von der Leistung der eignen größeren Schuld, dem Pfandgläubiger gegenüber zu befreien und demselben jeden weiter gehenden Leistungszwang abzuschneiden⁹⁵). Ist also z. B. die Forderungsklage des Verpfänders verjährt, die Pfandklage des Pfandgläubigers nicht verjährt, so ist die Bezahlung der geringeren pfandrechlich versicherten Schuld des Verpfänders das Mittel, durch welches der verpfändete Schuldner im Genuße der durch die Verjährung erlangten Befreiung von der eignen größeren Schuld sich zu behaupten vermag.

⁹³) Selbst die gleichzeitige Entstehung einer auf fingirter oder wirklicher Gesinnung, und einer auf einem Pfandrechte beruhenden utilis actio in derselben Person ist rechtlich denkbar, indem sich die letztere utilis actio auf das trotz der ersten utilis actio im Vermögen des Cedenten oder Quasicedenten verbliebene directe Klagerecht stützen würde. Vergl. §. 13 not. 92 und §. 50. — ⁹⁴) I. 5 §. 16. 17 D. ut in possess. legat. (36. 4). — ⁹⁵) I. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). I. 2 C. si unus ex plur. her. (8. 32).

Verneint ist hiermit aber nur die Nothgedrungenheit, nicht die Freiheit des verpfändeten Schuldners, im eignen Namen die verpfändete Forderung ihrem ganzen auch die pfandrechtlich gesicherte Forderung übersteigenden Betrage nach an den Pfandgläubiger als den Vertreter des Verpfänders abzuführen, eben weil jeder Pfandbeklagte die freie Wahl hat, entweder vom Pfandauslösungsrechte Gebrauch zu machen, oder dem eigentlichen Antrage der Pfandklage Genüge zu leisten. Der Antrag der auf die Verpfändung des ganzen Guthabens gegründeten hypothecaria in personam actio geht aber der hervorgehobenen Worte ungeachtet⁹⁶⁾ auf Leistung der ganzen Schuld und verhindert daher den verpfändeten Schuldner mit nichts, zur Vermeidung lästiger Zahlungstheilung den Betrag seiner Schuld ohne Abzug an den Pfandgläubiger zu entrichten und diesem zu überlassen, die Hypotheca an den Verpfänder oder zweiten Pfandgläubiger herauszugeben.

Die hypothecaria in personam actio hat also ohne Beschränkung den von den Basiliken richtig bezeichneten Erfolg, daß du als Pfandgläubiger τοσοῦτον λήψῃ, ὅσον κεχρωώσῃσθαι, ἤγουν ὅσον ἐκεῖνος (der verpfändete Schuldner) ἐποφείλει⁹⁷⁾.

Empfängt der Pfandgläubiger nur so viel, als er an den Verpfänder zu fordern hat, so erlischt durch diese im Namen des Verpfänders geleistete Zahlung das Pfandrecht am nomen, als ob der Verpfänder selbst Zahlung geleistet hätte. Der Verpfänder kann also die verpfändet gewesene Forderung frei wieder gegen den Schuldner verfolgen und der Schuldner vermag nur die durch die Zahlung etwa gegen den Verpfänder erworbene actio negotiorum gestorum zur Compensation zu bringen⁹⁸⁾, zu welchem Zwecke er sich nach vorjustinianischem Rechte der exceptio doli zu bedienen hatte. Dieser exceptio gedenken die Basiliken, wenn sie nach der vom verpfändeten Schuldner dem Pfandgläubiger geleisteten Zahlung von der Schuldklage des Verpfänders sagen⁹⁹⁾:

καὶ ἐνάρων ὁ χρεώστης μου τῷ χρεώστῃ αὐτοῦ καταβαλόντι μοι, ἐκβάλλεται παραγραφῇ.

Denn die Abführung der verpfändeten Schuldforderung würde im Verhältniß des verpfändeten Schuldners zum Pfandgläubiger kein καταβάλλειν (solvere), sondern ein ποιεῖν τὸ ἱκανόν (satisfacere)

⁹⁶⁾ Ungenau drückt sich aus Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ⁹⁷⁾ Heimb. tantum consequeris, quantum tibi debetur, sive quantum ille debet. — — ⁹⁸⁾ l. 3 C. de neg. gest. (2. 19), l. 43, l. 45 §. 2 D. eod. (3. 5), l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 21 C. de pignor. (8. 14), l. 37 D. de usur. (22. 1). — — ⁹⁹⁾ Basil. XXV, 1 c. 18 pr. (Heimb. III, p. 60): — et si debitor meus conveniat debitorem suum, qui mihi solvit, summovetur exceptione.

gewesen sein und die Schuldfolge des Verpfänders als solutio nicht ope exceptionis, sondern ipso jure aufgehoben haben.

Gegen den etwaigen zweiten Forderungspfandgläubiger ist aber durch die Bezahlung des ersten Forderungspfandgläubigers für den verpfändeten Schuldner weder eine actio negotiorum gestorum begründet worden, noch das Recht, die etwa gegen den Verpfänder begründete actio negotiorum gestorum zur Compensation zu ziehen.

2. Die satisfactio

wird in unserem Rescripte erwähnt theils in Betreff des Verpfänders durch die auch die solutio begreifenden Worte: si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, theils in Betreff des verpfändeten Schuldners durch die Bestimmung: nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilis actionibus satis tibi facere compelletur.

Die dem Verpfänder anheim gegebene satisfactio umfaßt jede Art der Befriedigung, wodurch dem Pfandgläubiger anders als durch solutio Genüge geschieht; dagegen die als erzwingbare Obliegenheit des verpfändeten Schuldners dargestellte satisfactio beschränkt sich auf die vom verpfändeten Schuldner dem Verpfänder, als seinem Gläubiger, zu leistende solutio, welche dadurch zu einer satisfactio des Pfandgläubigers wird, daß sie dem Letzteren für das am nomen aufhörende Pfandrecht an den res solutae verschafft¹⁰⁰⁾. Diese Art der satisfactio haben Pfandgläubiger und Verpfänder beim Abschluß des Pfandpactum ausdrücklich oder stillschweigend für statthaft erklärt, weil sie sonst das Unmögliche gewollt haben müßten, das Recht des verpfändeten Schuldners, durch solutio sich vollkommen zu befreien, einseitig Beschränkungen zu unterwerfen. Die solutio des verpfändeten Schuldners muß also in der Regel die Wirkung der satisfactio äußern, mag sie dem Verpfänder unmittelbar oder mag sie demselben mittelbar in der Person des in dieser Hinsicht durch die Verpfändung zum Vertreter des Verpfänders bestellten Pfandgläubigers geleistet werden.

Nur insofern kann ihr, ohne den Rechten des verpfändeten Schuldners zu nahe zu treten, die Wirkung der satisfactio entzogen sein, als sie dem Verpfänder unmittelbar geleistet wird, obgleich vorher der Pfandgläubiger den verpfändeten Schuldner benachrichtigt hat, die Einziehung der verpfändeten Forderung nicht dem Verpfänder überlassen, sondern zu größerer Sicherheit, etwaiger Mühen und Kosten

¹⁰⁰⁾ l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 4). — Satisfactum autem accipimus — sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat. — l. 50 §. 1 D. de jure dot. (23. 3).

ungeachtet, selbst übernehmen zu wollen. Denn bei der anerkannten Befugniß des Pfandgläubigers¹⁰¹⁾, den Verpfänder an der beabsichtigten Verfolgung des verpfändeten Rechts zu hindern, um dasselbe mittelst der hypothekarischen Formel selbst zu verfolgen, handelt der verpfändete Schuldner, welcher die vom Forderungspfandgläubiger in Ausübung jenes Rechts erlassene Benachrichtigung nicht achtet, sondern durch die dem Verpfänder unmittelbar geleistete Zahlung ohne eignes Rechtsinteresse dem Pfandgläubiger den ihm gebührenden Erwerb von Pfandbesitz an der res soluta wenigstens zur Zeit vereitelt, dolos gegen den Pfandgläubiger. Der Pfandgläubiger erhält also gegen die sonst auf die solutio zu stützende Einrede der satisfactio eine replicatio doli, welche den mit der hypothekarischen Formel actione utili in Anspruch genommenen debitor oppignoratus nöthigt, die dem Verpfänder unmittelbar geleistete Zahlung an den Pfandgläubiger als Mittelsmann des Verpfänders abermals abzuführen.

Die Certioration ist nach dieser Auffassung eine Willenserklärung des Pfandgläubigers, daher von unserem Rescripte ausdrücklich an die Person des Pfandgläubigers gebunden (a te certior factus — *μετὰ τὸ γνωρίσαι σε*) und der auf Anzeigen anderer Art beschränkten Regel: non certiorari debuit, qui non ignoravit¹⁰²⁾ nicht unterworfen. Als Willenserklärung wird sie ursprünglich in die feierliche Form der denuntiatio eingekleidet worden sein; denn wenn in einem Bruchstück des Scävola¹⁰³⁾ ein Käufer, welcher das sub lege commissaria geschuldete Kaufgeld am bestimmten Tage wegen Abwesenheit der Verkäuferin vergeblich zu zahlen versucht hat¹⁰⁴⁾ und nun dasselbe in einem versiegeltenbeutel aufbewahrt, am folgenden Tage im Namen des Fiscus vor Zeugen aufgefördert wird (emptorem testato conventum), der Verkäuferin das Geld nicht eher zu zahlen, als er den Fiscus zufrieden stelle (ne ante mulieri (sc. venditrici) pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret), so darf man nur den Fiscus den letztgedachten Worten entsprechend als einen Gläubiger der Verkäuferin auffassen, welcher das ihm als solchem in der Regel gesetzlich zustehende Generalpfandrecht¹⁰⁵⁾ an dem nomen des Käufers zur Geltung bringt, um in der testato conventio einen der Certioration unseres Rescripts gleichen Act zu erkennen und wegen des gleichen Sinns des testato convenire und des denuntiare¹⁰⁶⁾ auch die Certioration unseres Rescripts auf die

¹⁰¹⁾ l. 63 D. de re jud. (42. 1). — — ¹⁰²⁾ l. 1 §. 1 fin. D. de act. E. V. (19. 1). cf. reg. 31 in Vito de reg. jur. (5. 12). — — ¹⁰³⁾ l. 8 D. de lege commiss. (18. 3). — — ¹⁰⁴⁾ cf. l. 4 §. 4 D. de lege commiss. (18. 3). — — ¹⁰⁵⁾ l. 46 §. 3 D. de jure fisci (49. 14). — — ¹⁰⁶⁾ l. 122 §. 3 D. de V. O. (45. 1), l. 8 D. pro derelicto (41. 7), l. 8 pr. D. de bon. libertor. (38. 2), l. 10 §. 3 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — cf. Aferus die Denuntiatio der Römer S. 8.

ursprüngliche Form der denuntiatio zurückzuführen, wie dasselbe in ähnlichen Fällen der Cessio geschehen muß¹⁰⁷⁾.

Diese denuntiatio wird früher mit der als Proceßeinleitung üblichen litisdenuntiatio¹⁰⁸⁾ einerlei gewesen sein, da gerade die in der litisdenuntiatio am entschiedensten ausgesprochene Absicht des Forderungspfandgläubigers, die hypothekarische Klage zum Erwerbe von Pfandbesitz an der res debita zu gebrauchen, den Gegenstand der denuntiatio, wie der jetzt an deren Stelle getretenen unfeierlichen certioratio bildet. Ohne Zweifel hat also erst das spätere Recht nach dem Abkommen der litisdenuntiatio statt der feierlichen denuntiatio die unfeierliche certioratio für ausreichend erachtet.

Aus der hier entwickelten Natur der Certioration folgt, daß sie zwar den verpfändeten Schuldner bei Strafe doppelter Leistung abhält, sowohl dem Verpfänder, als auch, wenn sie vom besseren Pfandgläubiger ausgegangen ist, dem schlechteren Pfandgläubiger die res debita einzuhändigen; daß sie aber, wenn sie vom schlechteren Pfandgläubiger geschehen ist, das Recht des besseren Pfandgläubigers auf bevorzugte Befriedigung nicht beeinträchtigt, daher auch den verpfändeten Schuldner nicht hindert, später dem besseren Pfandgläubiger auf dessen Erfordern die res debita zu überliefern; denn so gewiß der verpfändete Schuldner dolos handelt, wenn er den vom besseren Pfandgläubiger geltend gemachten Vorrang in Erlangung von Pfandbesitz durch Ueberlieferung der res debita an den schlechteren Pfandgläubiger hintansetzt, ebenso gewiß ist er von dolus frei, wenn er pflichtmäßig den wenigleich später geltend gemachten Vorrang des besseren Pfandgläubigers vor dem durch frühere Certioration bethätigten Ansprüche des schlechteren Pfandgläubigers berücksichtigt. Behält doch der bessere Pfandgläubiger sein vorzüglicheres Recht auf den Pfandbesitz an den res solutae unter allen Umständen, mag der verpfändete Schuldner dieselben dem Verpfänder oder dem schlechteren Pfandgläubiger übergeben haben, nachdem oder bevor er vom besseren oder vom schlechteren Pfandgläubiger oder von Jedem derselben certiorirt worden ist. Einzig und allein die Folge kann der Certioration des besseren Pfandgläubigers zugeschrieben werden, daß der verpfändete Schuldner trotz der dem Verpfänder in eigener Person oder in der Mittelsperson des schlechteren Pfandgläubigers abgeführten solutio der hypothecaria in personam actio des besseren Pfandgläubigers ohne Möglichkeit wirksamer Satisfactionseintrede unterwor-

¹⁰⁷⁾ l. 3 C. de novat. (8. 43), l. 55 D. de procur. (3. 3). — unten Th. II, Abth. 2. — ¹⁰⁸⁾ Aurel. Victor. de Caesar. XVI, 11. — cf. Keller Proc. S. 197 f. S. 199. — Hartmann röm. Centumacialverfahren. S. 145 ff.

fen bleibt. Auch diese Folge setzt aber voraus, daß die Certioration dem verpfändeten Schuldner über Dasein und Vorrang des Pfandrechts zweifellose Gewißheit verschafft hat (*de obligatione certior factus*); denn der seiner Befreiung vom Verpfänder und vom schlechteren Pfandgläubiger nicht vollkommen sichere *debitor oppignoratus* würde sonst zum wenigsten nicht ohne *cautio defensum iri* die *res debitae* dem angeblichen Pfandgläubiger oder dem angeblich besseren Pfandgläubiger einzuhändigen gehalten sein.

Die Wirkung der Certioration bringt endlich mit sich, daß der mit seiner Leistung an den Pfandgläubiger oder gar an den besseren Pfandgläubiger gebundene *debitor oppignoratus* inzwischen nicht vom Verpfänder oder vom schlechteren Pfandgläubiger auf dieselbe Leistung darf in Anspruch genommen werden können. Dem durch den Pfandgläubiger oder gar durch den besseren Pfandgläubiger certiorirten *debitor oppignoratus* wird daher gegen die Klage des Verpfänders oder auch des schlechteren Pfandgläubigers eine *exceptio doli* gewährt, wie aus den Worten hervorgeht, in denen Paulus für den Fall, daß ich meine Schuldforderung an Dich verpfändet habe, dem Prätor zur Pflicht macht: *ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si eum eo experiar, tueatur*¹⁰⁹). — Die bis zur Beendigung des Pfandverhältnisses dem verpfändeten Schuldner zustehende *doli exceptio* (*temporalis*) hat den Verpfänder gleichsam zu einem *conditionalis creditor* gemacht¹¹⁰), der erst nach Erledigung des Einredgrundes wieder ungehindert gegen den Schuldner vorzugehen vermag.

3. Des vom Pfandgläubiger verschuldeten Unterbleibens der *solutio* oder *satisfactio*

gedenkt unser Rescript insofern, als es den zur Bezahlung der pfandrechtlich gesicherten fremden Schuld bereiten *debitor oppignoratus* von jedem weiter reichenden Leistungszwange des Pfandgläubigers frei erklärt (*ille cujus nomen tibi pignori datum est . . . satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur*); denn ohne Frage wird hierbei vorausgesetzt, daß der Pfandgläubiger, welcher die Annahme der angebotenen *solutio* verweigert, als ein solcher, *per quem stat, quominus solvatur* mit der *hypothecaria actio* werde abgewiesen werden. Daß derselbe Erfolg eintrete, wenn der Pfandgläubiger trotz vorgängiger Certioration die ihm als *satisfactio* angebotene Bezahlung des Verpfänders ablehnen und der verpfändete Schuldner nun die *res*

¹⁰⁹) l. 18 pr. D. de pignor. act. (13. 7). §. 119. — — ¹¹⁰) l. 55 D. de V. S. (50, 16).

debitae an den Verpfänder in Person oder an einen schlechteren Pfandgläubiger abführen oder gerichtlich hinterlegen sollte, ist zwar nicht ausdrücklich bemerkt, aber nach allem Vorausgesandten so klar, daß Zweifel darüber nicht obwalten können. Ist es doch eine regula juris: In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quominus fiat¹¹¹⁾. Es darf also als vollständig bewiesen betrachtet werden, daß auch diese letzte Clausel einen Bestandtheil der dem Forderungspfandgläubiger eingeräumten utilis actio ausmacht.

Die nunmehr bis ins Einzelne durchgeführte Darlegung des Wesens der dem Forderungspfandgläubiger zustehenden utilis actio überhebt uns der Nothwendigkeit, auf die mancherlei Controversen einzugehen, welche durch andere Auffassungen verursacht werden sind. Nach dem von uns gelieferten Bilde verhält sich z. B. von selbst, daß die auf die Gessien bezüglichen Beschränkungen, bestehend in dem Verbote der Gessien an einen Mächtigeren, einer Mündelschuld an den Vormund, streitiger Forderungen¹¹²⁾ u. s. w. unserem Rechtsverhältniß fremd sind; daß das verpfändete nomen trotz der Verpfändung in bonis des Verpfänders verblieben ist¹¹³⁾ und nach Aufhebung des Pfandrechts ohne Weiteres von allen Pfandbeschränkungen wieder frei wird, am wenigsten aber Einreden unterliegt, welche vielleicht dem Pfandgläubiger hätten opponirt werden können; daß der Pfandgläubiger durch Novation, Delegation, Nachlaßvertrag den verpfändeten Schuldner zu befreien, oder auch nur mit Geldern, welche er dem verpfändeten Schuldner zu zahlen hat, zu compensiren nicht weiter befugt ist, als er selbst das statt des Novirten, Delegirten, Erlassenen oder Compensirten wirklich Empfangene gegen den Verpfänder zu compensiren berechtigt sein würde; creditor enim — sagt Paulus — sine debitore causam pignoris deteriore facere non potest¹¹⁴⁾; daß der Forderungspfandgläubiger dagegen nicht weniger als der Sachpfandgläubiger schon vor Fälligkeit der Hauptforderung die Pfandklage erheben kann¹¹⁵⁾, und, sofern eine Generalpfandübereinkunft zum Grunde liegt, nicht mehr, als unter gleichen Umständen der Sachpfandgläubiger, den auf die Executionserordnung bezüglichen Beschrän-

¹¹¹⁾ l. 39 D. de reg. iur. (50. 17). — — ¹¹²⁾ cf. l. 2 C. ne liceat potent. (2. 14). — nov. 72 c. 5. — l. 2; l. 4 C. de litig. (8. 37). —

¹¹³⁾ l. 9 C. de pignor. act. (4. 24). — — ¹¹⁴⁾ Paul. sent. rec. IV, 12 §. 6. — cf. l. 19 D. de solut. (46. 3), l. 27 pr. D. de pact. (2. 14). —

¹¹⁵⁾ l. 14 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1).

tionen¹¹⁶⁾ unterworfen ist¹¹⁷⁾; daß der Forderungspfandgläubiger jedoch sowohl als Special- wie als Generalpfandgläubiger der exceptio excussionis unterliegt, weil diese Einrede dem Verhältniß an sich wohl entspricht und von Justinian ausdrücklich auf alle Fälle ausgedehnt ist:

si (creditores) quosdam habuerint homines ipsis sibi met obligatos et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint¹¹⁸⁾.

Diese Ausdehnung bezweckt ja sonder Zweifel nur eine Verallgemeinerung der beim stillschweigenden Pfandrecht des Fiscus schon längst gebräuchlichen exceptio excussionis, welche dem mit der hypothecaria in personam actio belangten debitor debitoris nicht minder zusteht¹¹⁹⁾, als dem mit der hypothecaria in rem actio belangten dritten Besitzer verpfändeter Sachen¹²⁰⁾. Einen schlagenden Beweis liefert die Basilikenscholie, welche zu dem Texte¹²¹⁾:

Ἡ γυνὴ προῖκα κεχρεωσθεμένη κατὰ τοῦ κληρονόμου τοῦ ἀνδρός ὀφείλει κινεῖν, οὐ κατὰ τῶν τῷ ἀνδρὶ χρεωστούντων.

bemerkt: *Εἰ μὴ οὐκ ἔστιν ἱκανὴ ἢ οὐσία τοῦ ἀνδρός.* Denn wie einerseits der Frau wegen der dos ein Klagrecht gegen die Schuldner des verstorbenen Mannes nur auf Grund ihres stillschweigenden Generalpfandrechts eingeräumt sein kann¹²²⁾: so kann andererseits die Beschränkung dieses Klagrechts auf den Fall der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners nur in der durch Justinian eingeführten Wohlthat der Vorausklage beruhen.

Ueber das Recht des Forderungspfandgläubigers, das verpfändete nomen zu seiner Befriedigung zu verkaufen, wird weiter unten das Nöthige gesagt werden¹²³⁾.

§. 15. **Das Afterpfandrecht¹⁾.** Das Afterpfandrecht, von den Neueren subpignus genannt, welches gleich jedem Pfandrecht auf einer ge-

¹¹⁶⁾ l. 15 §. 8 D. de re judic. (42. 1), l. 2 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). — — ¹¹⁷⁾ l. 15 §. 1 D. de pign. (20. 1): — ac si specialiter hae res essent obligatae. cf. Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 7 (Heimb. III, p. 22). l. 1 C. de jure dom. impetr. (8. 34). — — ¹¹⁸⁾ nov. 4 c. 2. — — ¹¹⁹⁾ l. 4 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 3 §. 8 D. de jure fisci (49. 14), l. 1 C. de condict. ex lege (4. 9). — — ¹²⁰⁾ l. 47 pr. D. de jure fisci (49. 14), l. 1 C. de conven. fisci debitor. (10. 2). — — ¹²¹⁾ Basil. XXIV, 7 c. 3 und Schol. 1 (Heimb. III, p. 41). — Uxor, cui dos debetur adversus heredem mariti agere debet, non adversus mariti debitores. — Nisi bona mariti non sufficiunt. — — ¹²²⁾ l. un. §. 1 C. de rei uxor. act. (5. 13), l. 12 pr. §. 1 C. qui potior. (8. 18), §. 29 J. de act. (4. 6). Nov. 97 c. 2. — — ¹²³⁾ C. §. 24.

¹⁾ Ueber die Literatur vergl. Dernburg Pfandr. I, §. 475 ff. not. 1.

nerellen oder speciellen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Pfandüber-
einkunft²⁾, auf testamentarischer, obrigkeitlicher³⁾ oder gesetzlicher An-
ordnung beruhen und nach den gewöhnlichen Regeln über Priorität
mehrerer Pfandgläubigern solidarisch an demselben Gegenstande ein-
geräumt sein kann, verbannt seine Ausbildung in derselben Weise, wie
das Forderungspfandrecht, dem Juristenrecht⁴⁾. Die Klage des
Nterpfandgläubigers muß also ebenfalls eine Anwendung der vom
Prätor für die hypothecaria actio im Allgemeinen aufgestellten
Grundsätze auf die Verpfändung von Pfandrechten, oder, dafern Pfand-
recht in der Pfandklage besteht⁵⁾, auf die Verpfändung der Pfand-
klage enthalten; mit anderen Worten, mittelst des ersten auf die
Thatsache der Verpfändung zu stützenden Theils der intentio eine
directe hypothecaria actio des Nterpfandgläubigers sein, welche im
zweiten Theile der intentio durch die allgemeine Beziehung auf das
in bonis fuisse des Verpfänders an die directe hypothecaria actio
des Verpfänders sich anschließt und insofern zugleich als eine
utilis hypothecaria actio des Nterpfandgläubigers sich darstellt,
im dritten Theile der intentio aber von den Bedingungen mangel-
der solutio, mangelnder satisfactio und mangelnder Verpfändung an
der unterbliebenen solutio oder satisfactio abhängig gemacht ist.

Daß dem wirklich so sei, wird sich unschwer darthun lassen, nach-
dem zuvor in thunlichster Kürze die beiden bekannten Streitfragen be-
sprochen worden sind, ob die Nterverpfändung in einer Ver-
pfändung des Pfandrechts oder in einer Verpfändung der
verpfändeten Sache bestehe, und ob mit derselben stets die Ver-
pfändung der persönlichen Forderung des Nterverpfänders
verbunden sei, oder nicht.

Gehen wir bei Beantwortung dieser Fragen davon aus, daß jedes
Pfandrecht eine pfandrechtliche Succession in das betreffende Recht
des Verpfänders begründet⁶⁾, so entsteht das Nterpfandrecht, indem
der Gläubiger ein zur Sicherung einer persönlichen Forderung ihm
bestelltes Pfandrecht dergestalt innerlich zertheilt, daß er den zur Siche-
rung einer zweiten persönlichen Forderung geeigneten Bestandtheil auf
einen neuen Pfandgläubiger überträgt und nur den Ueberrest als
eigentlichen nach Wiederergänzung strebenden Kern im eignen Ver-
mögen zurückbehält. Es greift eine doppelte pfandrechtliche Succession

²⁾ l. 11 §. 5, l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de
pignor. et hyp. (20. 1), l. 33 §. 4 D. de usurp. (41. 3), l. 14 §. 3 D. de
div. temp. praeser. (44. 3), l. 1, l. 2 C. si pign. pignor. (8. 24). — ³⁾ l. 5
§. 7 D. ut in possess. legat. (36. 4). — ⁴⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et
hyp. (20. 1) — placuerit. l. 1 C. si pign. pignor. (8. 24) — jam dudum
placuit. — ⁵⁾ C. §. 13. — ⁶⁾ C. §. 13. not. 44.

Platz, einmal des ersten Pfandgläubigers in das Recht des Verpfänders, sodann des zweiten Pfandgläubigers in das Recht des ersten Pfandgläubigers, so daß der Afterspandgläubiger mittelbar auch pfandrechtlischer Successor des ersten Verpfänders wird und durch Ausübung von Afterspandbesitz, mag er als *creditor pignoratitius* (engeren Sinnes) juristisch, oder als *creditor hypothecarius* bloß natürlich besitzen, mittelbar, wie der erste Pfandgläubiger unmittelbar, das Recht des Verpfänders anerkennt⁷⁾, mithin auch nicht wider das eigne Interesse die etwaige Usucapion desselben unterbricht⁸⁾. Das verpfändete Recht ist gleichsam nach Wurzel, Stamm und Zweigen unter die Vermögen des ersten Verpfänders, des ersten Pfandgläubigers und des zweiten Pfandgläubigers vertheilt, bis sich nach Beseitigung des zweiten Pfandgläubigers Zweige und Stamm beim ersten Pfandgläubiger und nach Beseitigung auch des ersten Pfandgläubigers alle Bestandtheile bei dem ersten Verpfänder wieder vereinigen. Dieser folgenreiche Gesichtspunkt findet sich hervorgehoben bei Gelegenheit des alten *interdictum utrubi*, welches erforderte, daß der Besitz im letztverfloffenen Jahre vom Kläger länger als vom Gegner ausgeübt worden war⁹⁾, und dabei gestattete, soweit es billig erschien, im Streite sowohl mit dritten Personen, als mit dem Vorgänger selbst, den Besitz der Vorgänger einzurechnen¹⁰⁾. *Scävola* gesteht nämlich die *accessio possessionis* generell allen Denjenigen zu, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate¹¹⁾, und zählt zu diesen Successoren namentlich erst den Käufer¹²⁾, dann den Pfandgläubiger und endlich durch dessen Vermittelung auch den Afterspandgläubiger¹³⁾.

Hiernach kann der vom ersten Pfandgläubiger verpfändete Gegenstand nicht unmittelbar, sondern nur durch die Vermittelung des

7) I. 13 pr. D. de usurp. (41. 3), I. 13 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), I. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — 8) I. 1 §. 15, I. 36 D. de possess. (41. 2), I. 16 D. de usurp. (41. 3). Nicht entgegen ist I. 33 §. 4. D. de usurp. (41. 3), da im ersten Theile der Stelle nur von dem Weggeben des Pfandes zu einem das Recht des Verpfänders nicht anerkennenden Besitze die Rede ist. cf. I. 30 §. 6 D. de possess. (41. 2). Cuj. in libr. 44 Digest. Salvi Juliani ad I. 33 §. 4 D. cit. (opp. VI, p. 315). — — 9) I. 1 pr. §. 1 D. utrubi (43. 31). Gaj. IV, 150. 152. Paul. sent. rec. V, 6 §. 1. I. 156 D. de V. S. (50. 16), §. 4 J. de interd. (4. 15). Theophil. h. l. fr. Vat. §. 293. — — 10) Gaj. IV, 151. — I. 46 D. donat. int. V. et U. (24. 1), I. 13 D. de poss. (41. 2), I. 11 D. de acquir. rer. dom. (41. 1). — — 11) I. 14 §. 1 D. de divers. tempor. praeser. (44. 3), cf. *Karlowa de accessionibus possessionis*. p. 24 sqq. Außerdem I. 16 fin. D. de usurpat. (41. 3), I. 7 C. de praeser. 30 annor. (7. 39). — — 12) I. 14 §. 2 D. de divers. tempor. praeser. (44. 3). — — 13) I. 14 §. 3 D. eod. — Basil. II, 3 c. 13 §. 1 sq. (Heimb. V, p. 93).

dem ersten Pfandgläubiger zustehenden Pfandrechts Gegenstand der Aftersverpfändung werden, so daß nicht neben, sondern hinter einander an demselben Gegenstande zwei Pfandrechte entstehen¹⁴⁾, von denen das zweite durch das erste getragen und nicht bloß durch den zweiten Pfandvertrag, sondern auch mittelbar durch den ersten Pfandvertrag, d. h. durch die im ersten Pfandvertrage dem später verpfändeten Pfandrechte gegebene Beschaffenheit, nach Priorität, Inhalt, Umfang und Klagbarkeit bestimmt wird. In Folge des zweiten Pfandvertrags erhält der Afterspandgläubiger ein bedingtes oder unbedingtes, betagtes oder unbetagtes, privilegiertes oder nicht privilegiertes Pfandrecht am Pfandrechte des ersten Pfandgläubigers, vermöge dessen er dem ersten Pfandgläubiger unter allen Umständen vorgeht oder vielmehr — richtiger ausgedrückt — den ersten Pfandgläubiger unter allen Umständen afterspandrechtlich vertritt und aussticht. In Folge des ersten Pfandvertrags geschieht es, daß der unprivilegierte Afterspandgläubiger eines privilegierten Pfandgläubigers dessen unprivilegierten Mittpandgläubigern vorgeht, wie der privilegierte Afterspandgläubiger eines unprivilegierten Pfandgläubigers dessen älteren oder privilegierten Mittpandgläubigern nachsieht¹⁵⁾; daß derjenige Pfandgläubiger, welchem ein pignus engeren Sinnes eingeräumt worden ist, beliebig ein Afterspignus¹⁶⁾ oder eine Afterspandhypothek¹⁷⁾, hingegen derjenige Pfandgläubiger, welcher auf eine Hypothek beschränkt ist, nur eine Afterspandhypothek¹⁸⁾, kein Afterspignus bestellen, und derjenige Pfandgläubiger, welchem bloß Nießbrauch verpfändet ist, nur Nießbrauchspfandrecht, nicht Proprietätspfandrecht in Afterspand geben kann¹⁹⁾; daß das Afterspandrecht wohl für weniger, als das erste Pfandrecht, aber nicht für mehr haftet²⁰⁾ und nicht gerichtlich verfolgt

¹⁴⁾ Basil. XXV, 2 c. 13 §. 2 (Heimb. III, p. 69) — *ἐκατέρα ὑποθήκη* — utraque hypotheca. — — ¹⁵⁾ l. 14 §. 3 D. de divers. temp. praeser. (44. 3): — nam qui me potior est, cum ego te superaturus sum, multo magis adversus te obtinere debet. — — ¹⁶⁾ l. 14 §. 3 D. de divers. temp. praeser. (44. 3), l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 1, l. 2 C. si pign. pignor. (8. 24). — c. 6 X. de pignor. (3. 21). — — ¹⁷⁾ l. 33 §. 4 D. de usurpat. (41. 3) cf. Basil. L, c. 31 §. 4 (Heimb. V, p. 60): *Εἰ ἐνέχῃ ῥάσω σοι πράγμα — ἐμοὶ τρέχει ἡ διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσποτεία· εἰ δὲ ἐν γράμμασι μόνον ὑποθήκῃς*. — Si tibi rem oppignoravero — mihi currit praescriptio: — quod si in scriptis tantum oppignoraveris. — — ¹⁸⁾ Basil. XXV, 2 c. 13 §. 2 (Heimb. III, p. 69): — *ἐκατέρα ὑποθήκη* — *ἑτέρε*. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ¹⁹⁾ l. 1 C. si pign. pignor. (8. 24). cf. l. 11 §. 2 D. de pignor. et hyp. (20. 1). — — ²⁰⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1) — quatenus utraque pecunia debetur. cf. l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 1 C. si pign. pignor. (8. 24). — c. 6 X. de pignor. (3. 21). — l. 11 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7).

bar ist, bevor nicht das verpfändete, vielleicht durch Bedingungen und Zeitbestimmungen beschränkte Pfandrecht durch Erfüllung der Bedingungen oder Eintritt der Zeitbestimmungen für den ersten Pfandgläubiger klagbar geworden sein würde; alles dieses aus dem einleuchtenden Grunde, weil bei jedem Pfandrechte zu berücksichtigen ist: *quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit*²¹⁾.

Der unmittelbare Gegenstand der Afterverpfändung ist demnach das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers, so daß nicht bloß Pfandrecht an Sachen, sondern auch Pfandrecht an Forderungen, ja Pfandrecht am ganzen Vermögen der Afterverpfändung in gleicher Weise fähig ist. Bestimmt bezeugen dieses die Basiliken in den Worten²²⁾:

Ὁ παρὰ τοῦ ἔχοντος τὴν γενικὴν ὑποθήκην λαβὼν ὑποθήκην τοῖς αὐτοῦ κέχρηται δικαιούς.

Denn da der Pfandgläubiger, dem ein Generalpfandrecht des Verpfänders in Afterspand gegeben ist, der Rechte des Verpfänders sich soll bedienen dürfen, so muß demselben vermöge seines Afterspandrechts gestattet sein, die im Generalpfandrechte des Verpfänders enthaltenen Forderungspfandrechte nicht weniger als die darin enthaltenen Sachspfandrechte afterspandrechtlich geltend zu machen; dergestalt, daß die afterspandsweise Einziehung der *res debita*e, indem sie zunächst dem ersten Verpfänder Eigenthum, sodann dem ersten Pfandgläubiger Pfandbesitz²³⁾ und darauf dem Afterspandgläubiger selbst Afterspandbesitz verschafft, den Schuldner zugleich vom Afterspandgläubiger und ersten Pfandgläubiger durch *satisfactio* und vom ersten Verpfänder durch *solutio* freimacht.

Freilich finden sich in den Rechtsbüchern hier und da Redewendungen, nach welchen die dem ersten Pfandgläubiger verpfändete Sache in Afterspand gegeben zu sein scheint²⁴⁾; allein wie bei der Afterverpfändung des Forderungspfandgläubigers nicht einmal von dem Scheine einer Sachverpfändung die Rede sein kann, so muß sich auch bei der Afterverpfändung eines Sachpfandgläubigers von selbst verstehen, daß jene Redewendungen, soweit sie sich nicht bloß auf den allerdings nur durch Uebergabe der verpfändeten Sache zu

²¹⁾ l. 3 §. 1 fin. D. de pign. et hyp. (20. 1). — ²²⁾ Basil. XXV, 2 c. 18 (Heimb. III, p. 71): *Qui ab eo, qui generalem hypothecam habet, hypothecam accepit, iuribus ejus utitur.* — ²³⁾ l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7), C. C. 81 f. — ²⁴⁾ l. 13 §. 2 D. de pignor. et hyp. (20. 1). — *rem pignoratam* — l. 14 §. 3 D. de divers. temp. praescri. (14. 3): — *si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pignoravi.* — l. 1 C. si pign. pignor. (8. 24): — *id, quod pignori obligatum est — pignori obstringi.* — l. 2 C. eod. — l. 5 §. 7 D. ut in possess. (36. 4).

Unanwendbarkeit d. mand. agendi in rem suam etc. 145
errichtenden Pfandrealecontract beziehen²⁵⁾, gemäß der oben schon
herangezogenen Regel²⁶⁾:

Rei appellatione et causae et jura continentur,
gleichbedeutend sind mit dem ebenfalls gebräuchlichen und das Wesen der
Sache schärfer bezeichnenden Ausdrucke, daß das Pfandrecht des ersten
Pfandgläubigers weiter verpfändet worden sei (pignus pignori da-
tum)²⁷⁾, eben weil nicht die res aliena, sondern das Pfandrecht an dersel-
ben zum Vermögen des Pfandverpfänders gehört (in bonis ejus est)²⁸⁾,
und weil daher die res aliena gleich der in Nießbrauch oder Pacht
genommenen und nur cum sua causa weiter zu verpachtenden
Sache²⁹⁾, nicht anders, denn in ihrer Eigenschaft als verpfändete
(res pignorat³⁰⁾) weiter verpfändet sein kann. In derselben Weise
wird ja auch von Abtretung der Pfandgegenstände gesprochen, wo
Abtretung des Pfandrechts gemeint ist³¹⁾.

Das Pfandrecht ist aber untrennbares Zubehör derjenigen Forde-
rung, deren Sicherung den Zweck seines Daseins bildet³²⁾, dergestalt,
daß sogar propter pignus eine Naturalobligation angenommen wird,
damit das Pfandrecht nach dem Untergange der Hauptforderung fort-
dauern könne³³⁾. Diese Untrennbarkeit des Sicherungsmittels ohne zu
sichernden Zweck tritt beim Pfandrechte insbesondere auch in dem Zu-

²⁵⁾ C. §. 12 C. 89. — ²⁶⁾ l. 23 D. de V. S. (50. 16). — cf. l. 71 §. 5, l. 86 pr. D. de legat. I (30). — ²⁷⁾ l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7). Cod. rubr. VIII, 24. — ²⁸⁾ *Ε*σχολ. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21).
²⁹⁾ l. 12 §. 2 D. de furt. (47. 2), l. 2 §. 22 D. de vi bon. rapt. (47. 8), l. 1 §. 10 D. si is, qui testam. lib. (47. 4) in Verbindung mit l. 49 D. de V. S. (50. 16). — *Ε*υστρεφ. (in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 221) leugnet zwar, daß das Pfandrecht zu den bona gehöre, widerlegt sich aber selbst in Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. X. Bd. 14 S. 43 und 37, indem er nach §. 6 J. de act. (4. 6) und Theophil. h. l. die intentio der actio Pauliana darauf stellt, rem in bonis fraudatoris mansisse — und dieselbe Formel nach l. 18 D. quae in fraud. cred. (42. 8) für anwendbar erklärt, wenn der fraudator ein Pfandrecht erlassen hat (S. 37). — ³⁰⁾ l. 9 §. 1 D. locati (19. 2), l. 29 pr. D. quib. mod. usus fr. (7. 4), l. 12 §. 2, l. 38 D. de usufr. (7. 1). — ³¹⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1 C. si pign. pign. (8. 22) — creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non consistit, distrahens, dominio vos privare nequit. — ³²⁾ l. 2 C. de fidej. (8. 41), l. 14, l. 21, l. 22 C. eod. — l. 13 C. de locato (4. 65). — ³³⁾ *Ε*σχολ. 6 fin. zu Basil. XI, 1 c. 7 §. 3—6 (Heimb. I, p. 565) (τὸ ἐνέχυρον) οὐτε μὴν ἐν ἑαυτῷ δύναται ἐδραζεσθαι, ἀλλ' ἐτέρου συμφέροντος παρακολουθήμα ἐστίν. — τὰ δὲ δεῖ παρακολουθήματα μένονσι, καὶ οὐδέποτε πρωτότυπα γίνονται, ὡς ὁ τόκος καὶ τὸ ἐνέχυρον. — Immo in se solum pignus subsistere nequit, sed alterius conventionis additamentum est. — quaedam autem semper accessoria manent, neque unquam principalia fiunt, ut usurae et pignus. — ³³⁾ l. 59 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1).

stande der eignen Verpfändung zu Tage; denn wie einerseits die Basilikenscholie erklärt, daß die Verpfändung eines *nomen* stillschweigend die Verpfändung der dazu gehörigen Pfandrechte umfasse³⁴⁾: so bezeugt andererseits Marcian in einer nach sonstigen Richtungen schon oben erläuterten Stelle³⁵⁾, daß man selbst dann, wenn der Pfandvertrag nur des Pfandrechts erwähne, zur Aufrechterhaltung des Geschäfts anzunehmen habe³⁶⁾, auch die das verpfändete Pfandrecht bedingende Hauptforderung sei mitverpfändet worden. Obgleich nämlich der ganze Zusammenhang nicht für, sondern gegen eine ausdrückliche Mitverpfändung des *nomen* spricht, und im Anfange der Stelle namentlich bloß von der Verpfändung der *res pignorat* die Rede ist, so wird doch später das Recht des Afterspandgläubigers (*secundus creditor*), die Gegenstände des *nomen* als einer mitverpfändeten Forderung einzufügen³⁷⁾ und als Quasipfänder durch Verkauf oder Compensation zu seiner Befriedigung zu verwenden, ohne Weiteres vorausgesetzt und zur Beantwortung einer Frage benutzt, welche lediglich vom Standpunkte der Afterverpfändung der *res pignorat* aus aufgeworfen ist. Soll diese Entscheidung schlüssig sein, so muß die bei der Antwort bestimmt hervorgehobene Voraussetzung, daß dem Afterspandgläubiger auch das *nomen* verpfändet worden, stillschweigend schon bei der Frage im Sinne gelegen haben. Es muß für genügend erachtet sein, von der Verpfändung der *res pignorat* zu sprechen und deffenungeachtet die Vorstellung einer gleichzeitigen Verpfändung des *nomen* hervorzurufen; mit einem Worte, es muß angenommen sein, daß mit der Verpfändung des Pfandes die Verpfändung des *nomen* stets verbunden sei und stets als verbunden gedacht werde und daß Ausdrücke, wie einerseits: der Eigenthümer des Pfandes und derjenige, *cujus nomen pignori datum est* und andererseits der *secundus creditor* und derjenige, *cui nomen pignori datum est*, synonym und abwechselnd gebraucht werden dürfen, ohne Mißverständniß zu erwecken.

Diese Annahme, welche von selbst mit sich bringt, daß die in der *solutio* der verpfändeten Forderung für den Forderungspfandgläubiger liegende *satisfactio* nicht bloß von der Forderungspfandlage, sondern auch von der dazu gehörigen Afterspandlage befreiet³⁸⁾, hält sich nicht an spitzfindige Anschauungen über das rechtliche Verhältniß

³⁴⁾ Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ³⁵⁾ l. 13 §. 2 D. de pignor. et hyp. (20. 1). — — ³⁶⁾ l. 80 D. de V. O. (45. 1), l. 67 D. de reg. jur. (50. 17), l. 12 D. de reb. dub. (34. 5). — — ³⁷⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — *exacta ea creditorem secum pensaturum.* — — ³⁸⁾ l. 13 §. 2 D. cit. — *pignus quoque perimitur.* cf. §. 14.

von principale und accessorium, sondern berücksichtigt mit praktischem Tacte, daß es bei der Bestellung des Pfandrechts mehr auf den Willen der Parteien, als auf deren Worte ankommt³⁹⁾, und unter anderem auch die Verpfändung des Gebäudes den Grund und Boden umfaßt⁴⁰⁾, obgleich dieser zu jenem im Verhältniß der Hauptsache zur Nebensache steht, und daher auch bei der Verpfändung die Verpfändung des Gebäudes nach sich zieht⁴¹⁾; daß der lebendige Verkehr häufig das Sicherungsmittel statt der gesicherten Forderung nennt, z. B. bei der Verpfändung und Abtretung von Forderungen die Schuldverschreibung statt der in derselben verbrieften Schuld⁴²⁾; daß auch die bloß der Pfänder erwähnende Cession stillschweigend auf die durch die Pfänder gesicherten Forderungen erstreckt wird⁴³⁾ und daß sogar unter Umständen, z. B. beim Theilungsverfahren über gemeinschaftliche Pfänder, die persönlichen Forderungen geradezu als Nebensachen der Pfandrechte behandelt werden⁴⁴⁾, als *causae ex his rebus pendentes*⁴⁵⁾, oder wie sich die Basilikenscholie vielleicht mit Hindeutung auf das beim Pfandrecht gewöhnlich umgekehrte Verhältniß ausdrückt, als *τὰ ἐκ τῶν ἐπικαιρῶν ἡγοημένα κεφάλαια*, d. h. als die von den gemeinschaftlichen Dingen abhängenden Hauptforderungen⁴⁶⁾. In gleicher Weise würde man gewiß kein Bedenken tragen, für den Fall, daß ein Gläubiger, ohne der Forderung gegen den vielleicht zahlungsunfähigen Hauptschuldner zu erwähnen, die accessorisches Forderung gegen den zahlfähigen Bürgen verpfändet oder cedirt hätte, Verpfändung und Cession selbstverständlich auf die Hauptforderung auszudehnen, welche zwar praktisch vollkommen werthlos ist, gleichwohl aber theoretisch fortwährend als Hauptsache gilt und als solche erst der accessorisches Forderung Halt und Norm giebt.

Ungeachtet verschieden klingender Verpfändungsformeln erhält also der Afterspandgläubiger unter allen Umständen das gleiche Recht, nach den im Afterspandvertrage verabredeten Bestimmungen als Pfandgläubiger des Afterverpfänders sowohl dessen Pfandrecht als dessen

³⁹⁾ l. 9 C. quae res pign. (8. 17), l. 2 C. eod. cf. l. 102 pr. D. de legat. III. (32), l. 12 §. 45 D. de instrum. leg. (33. 7), l. 3 C. plus valere (4. 22). — — ⁴⁰⁾ l. 21 D. de pign. act. (13. 7), l. 29 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁴¹⁾ l. 16 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — cf. l. 28 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 2 C. de reiv. (3. 32). — — ⁴²⁾ l. 20 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 C. de her. vel act. (4. 39), Schol. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 30 (Heimb. IV, p. 222 sq.). — l. 44 §. 5 D. de legat. I. (30). — — ⁴³⁾ l. 2 l. 11 l. 21 C. de fidej. (8. 41), l. 45 §. 9 D. de jure fisci (49. 14), l. 13 C. locati (4. 65), cf. Basil. XX, 1 c. 75 (Heimb. II, p. 371 sq.). — — ⁴⁴⁾ l. 7 §. 12 D. com. div. (10. 3), l. 29 D. fam. herc. (10. 2). — §. 23. — — ⁴⁵⁾ l. 44 pr. D. fam. herc. (10. 2). — §. 26. — —

⁴⁶⁾ Schol. 2 zu Basil. XLII, 3 c. 43 pr. (Heimb. IV, p. 274).

persönliche Forderung zu eigner Sicherung geltend zu machen. Eine interessante Unterstützung dieses Ergebnisses liefert folgende Erörterung Ulpian's über das stillschweigende Pfandrecht des Vermiethers städtischer Grundstücke an demjenigen stillschweigenden Pfandrechte, welches dem Pfandvermiether an den *invectis et illatis* des Pfandvermiethers zusteht⁴⁷⁾.

Ulpianus lib. 28 ad Edictum⁴⁸⁾.

Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus: vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxisti: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenicularii proficiat domino, sed sua propria.

Für die *pignoratitia actio* hatte das Edict eine formula in factum concepta aufgestellt, welche mittelst einer doppelten Negation affirmativ dieselben Bedingungen enthielt, welche negativ der hypothekarischen Formel eingeschaltet waren, nämlich: *si non pecunia non soluta, eove nomine non satisfactum est, vel per creditorem non stat, quominus solvatur satisve fiat*⁴⁹⁾. Mit Bezug auf diese Formel untersucht Ulpian im vorstehenden Bruchstücke den Begriff der *solutio*, indem er schreibt:

»Daß die Schuld bezahlt sei (*solutam pecuniam*), ist anzunehmen, nicht nur, wenn demjenigen, welchem die Sache (*res*) verpfändet ist, sondern auch, wenn mit dessen Willen einem Andern Zahlung geleistet ist, z. B. dem Erblasser des Pfandgläubigers oder dem Procurator oder den mit Geldbeitreibung beauftragten Sklaven desselben. Daher steht mir, wenn Du ein Haus gemiethet und einen Theil desselben an mich wieder vermiethest, ich aber Deinem Ver-

⁴⁷⁾ l. 4 D. de pact. (2. 14), l. 2 — 4 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. 7 C. eod. (8. 15). — — ⁴⁸⁾ l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13. 7). — Andere Erklärungen bei Glück Comment. Bd. 13 S. 428. — Rühlensbruch Gef. S. 320 ff. — Frotische Verpfändungs. des Pfandgl. S. 25 ff. — Fuß in Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. Bd. 17 Nr. XII. — Sinteris Pfandr. S. 178 ff. — Dernburg Pfandr. Th. 1 S. 306 ff. — — ⁴⁹⁾ C. C. 77.

miether die Miethe gezahlt habe, die pignoratitia actio gegen Dich zu. Denn nach Julian kann ich an diesen zahlen; und wenn ich einen Theil der Miethe an Dich, den anderen Theil an Deinen Vermiether gezahlt habe, so gilt dasselbe. Ueberhaupt sind meine *invecta et illata* nur auf die Summe verhaftet, bis auf welche mein über ein einzelnes Zimmer geschlossener Astermiethcontract reicht; denn es ist nicht glaublich, daß die Uebereinkunft getroffen worden, mein Hausrath (*frivola*)⁵⁰⁾ solle auf die ganze Miethe des Hauses verhaftet sein. Diese Uebereinkunft (*hoc*) scheint stillschweigend aber auch (*autem tacite et*) mit dem Eigenthümer des Hauses getroffen zu sein, so daß nicht der Vertrag des Astervermiethers (*coenicularius*)⁵¹⁾ (mit dem Astermiether) dem Eigenthümer nützt, sondern sein eigener (mit dem ersten Miether).«

Versuchen wir, diesen wortgetreu übersetzten Inhalt des Bruchstücks zu erklären, so folgt zuvörderst aus einem ungekünstelten Verständnis der Worte: *Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxī, daß dem ersten Vermiether Pfandansprüche an den invectis et illatis des Astermiethers eingeräumt sind. Die nach der Erlaubniß, an den ersten Vermiether zu zahlen, hervorgehobene Beschränkung der pfandrechtlichen Verhaftung auf die Summe des Astermiethzinses, hätte sonst keinen Zweck. Ueberdies sagt die Basilikenscholie geradezu⁵²⁾:*

Ἐμίσθωσά σοι οἶκον ρ'. νομισμάτ. καὶ σὺ μετεμίσθωσας μέρος αὐτοῦ Τίτιον ν'. νομισμάτων καλῶς καταβάλλει μοι Τίτιος καὶ τὸ πᾶν καὶ τὸ μέρος τὰ δὲ ὑβέκτα καὶ τὰ ὑλάτα αὐτοῦ ὑπόκεινται μοι εἰς τὰ ν', οὐκ εἰς τὰ ρ'. — Τοῦ Ἀνωνύμου. Τὸ ἐναντίον ἐπὶ ἀγροῦ μεταμεμίσθωμένον, ὡς βιβ. ιθ'. τίτ. β'. διγ. κδ'. θεμ. β'. —

Hier ist nicht nur unzweideutig bekundet, daß die *invecta et illata* des Astermiethers bis zur Summe des Astermiethzinses dem ersten Vermiether pfandrechtlich verhaftet seien (*ὑπόκεινται μοι*), sondern auch von dem Asterspachtverhältnisse ländlicher Grund-

⁵⁰⁾ *Frivola* sind nach Fest.: *vasa fictilia quassa*; hier der geringe Hausrath des Astermiethers. — cf. Juvenal. sat. III, 198. — Seneca de tranquillitate c. 1. — Bynkershoek obs. jur. Rom. VI, 25 §. 6. — —⁵¹⁾ l. 5 §. 1 D. de his qui effud. (9. 3), cf. l. 30 pr. D. locati (19. 2). —

⁵²⁾ C. 10 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 5 (Heimb. III, p. 59): *Locavi tibi domum nummis centum: tu vero partem ejus ablocasti Titio quinquaginta nummis. Recte Titius et totam pensionem et partem mihi solvit. Invecta autem et illata ab eo in quinquaginta mihi tenentur, non in centum. Innominati. Aliud est in agro, quem conductor alii locavit, ut lib. 19 lit. 2 dig. 24 them. 2.*

frühe das Gegentheil behauptet und zum Beweise dessen auf folgende Pandectenstelle Bezug genommen:

Paulus lib. 34 ad Edictum ⁵³⁾.

Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

Nach diesen Worten sollen die *invecta et illata* des Aflerpächters eines ländlichen Grundstücks dem ersten Verpächter nicht pfandrechtl. haften, und zwar — wie die Basilikenscholie ergänzt ⁵⁴⁾ — selbst dann nicht, wenn sie dem zweiten Verpächter ausdrücklich zum Pfande eingesetzt worden sind. Es sollen dagegen die Früchte dem ersten Verpächter in derselben Weise pfandrechtl. verhaftet bleiben, wie sie pfandrechtl. verhaftet sein würden, wenn sie anstatt des zweiten Pächters vom ersten Pächter geerntet worden wären. Der erste Verpächter hat nämlich kein stillschweigendes Pfandrecht an den *invectis et illatis* des ersten Pächters ⁵⁵⁾, mithin kein Bedürfnis, im Fall der Aflerverpachtung ein stillschweigendes Aflerpfandrecht an den *invectis et illatis* des Aflerpächters zu bekommen; er ist vielmehr von vorn herein durch ein stillschweigendes Pfandrecht an den Früchten für seine ganze Pachtforderung gesichert, mag der Pächter die Früchte selbst ernten oder im Fall der Aflerverpachtung durch den Aflerpächter ernten lassen. Denn da nur die mit dem Willen des Grundeigenthümers geschehene Perception einem Dritten Eigenthum an den Früchten verschafft ⁵⁶⁾, zu solcher Perception aber nur der Pächter im Stande ist, so kann der Aflerpächter nicht umhin, seinen Früchterwerb über die Person des ersten Pächters herüberzuleiten ⁵⁷⁾, und mit dem zunächst für die Person des ersten Pächters bewirkten Früchterwerbe auch das vom ersten Pächter dem ersten Verpächter stillschweigend bestellte Pfandrecht an den Früchten für die ganze Pachtschuld des ersten Pächters ins Dasein zu rufen.

⁵³⁾ l. 24 §. 1 D. locati (19. 2), cf. l. 53 D. eod. — — ⁵⁴⁾ Schol. 2 zu Basil. XX, 1 c. 24 (Heimb. II, p. 351). — — ⁵⁵⁾ l. 4 pr. D. in quib. caus. pign. (20. 2). Nicht entgegen ist l. 5 C. locati (4. 65). verb.: voluntate dominorum, cf. l. 5 §. 1. D. in quib. caus. pign. (20. 2). — Schol. 3 zu Basil. XI, 1 c. 4 (Heimb. I, p. 555 sq.). Schol. 1 zu Basil. XX, 1 c. 77 (Heimb. II, p. 369 sq.). Schol. 10 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 5 (Heimb. III, p. 59). Cato de re rustic. 146. 149. — Dernburg Pfandr. I. h. 1 §. 312 f. — Eine unhaltbare Erklärung versucht Bacher Pfandr. I. h. 1 §. 21 ff. — ⁵⁶⁾ fr. Vat. §. 1. — l. 61 §. 8 D. de furt. (47. 2) in Verbindung mit l. 4 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1). — cf. Heimbach Lehre von der Frucht §. 80 ff. — — ⁵⁷⁾ l. 6 D. de donat. (39. 5), l. 61 §. 8 D. de furt. (47. 2), l. 30 §. 1 D. de legat. III. (32).

Ist aber in diesem Zusammenhange dem ersten Verpächter ländlicher Grundstücke ein Afterspandrecht an den vom Afterspächter vielleicht dem Afterverpächter verpfändeten *invectis et illatis* abgesprochen, so beweist das offenbar, daß das Gegentheil bei dem ersten Vermietther städtischer Grundstücke stattfinden würde⁵⁸⁾.

Steht nun auf der einen Seite fest, daß dem ersten Vermietther städtischer Grundstücke die *invecta et illata* des Aftermietthers bis zum Betrage des Aftermiethzinses pfandrechlich verhaftet sind, und schreibt dessenungeachtet auf der anderen Seite Ulpian: die Zahlung an den Aftervermietther befreie die *invecta et illata* des Aftermietthers vom Pfandrechte; der Aftervermietther unterliege der *pignoratitia actio* des Aftermietthers in Folge der Zahlung; der erste Vermietther sei nicht derjenige, dem die Sachen verpfändet worden, sondern ein Anderer: — so liegt auf der Hand, daß die Pfandaufprüche des ersten Vermietthers gegen den Aftermietther aus einer unmittelbar zwischen beiden über die Verpfändung der *invecta et illata* ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Uebereinkunft nicht abgeleitet werden können. Um alle scheinbaren Widersprüche zu heben, bleibt nichts übrig, als ein durch den Aftervermietther vermitteltes Verpfändetsein der *invecta et illata* des Aftermietthers an den ersten Vermietther anzunehmen, so daß der Aftermietther seine Sachen stillschweigend dem Aftervermietther zum Pfande einsetzt und der Aftervermietther sein stillschweigendes Pfandrecht an den Sachen des Aftermietthers dem ersten Vermietther entweder durch wirkliche oder fingirte Cession übertragen, oder durch ausdrückliches oder stillschweigendes Pfandpactum verpfändet habe. In beiden Fällen würde der erste Vermietther seine Pfandlage auf ein Pfandpactum zu stützen haben, jedoch im ersten Falle auf das fremde Pfandpactum des Aftervermietthers mit dem Aftermietther⁵⁹⁾, im zweiten Falle auf das eigene Pfandpactum mit dem Aftervermietther.

Indem es nun zuerst heißt: es sei nicht glaublich, daß zwischen dem Aftervermietther und dem Aftermietther die Uebereinkunft getroffen worden, der Hausrath des Aftermietthers solle für die ganze Miethforderung des ersten Vermietthers eingesetzt sein: so wird die Auffassung abgelehnt, als ob der Aftervermietther bei dem mit dem Aftermietther stillschweigend abgeschlossenen Pfandpactum als Stellvertreter des ersten Vermietthers gehandelt und die Pfandlage, welche auf diese Weise zur Sicherung der ganzen Miethforderung des ersten Vermietthers begründet sein würde, demnächst durch wirkliche oder fingirte Cession dem ersten Vermietther übertragen habe. Es folgt vielmehr *argumento a*

⁵⁸⁾ Vergl. Dernburg Pfandr. Th. 1 §. 311. — ⁵⁹⁾ Vergl. §. 3.

contrario, daß der Aftervermiether bei dem mit dem Aftermiether über dessen Hausrath stillschweigend abgeschlossenen Pfandpactum für sich selbst gehandelt, mithin — wie Ulpian bestätigt — nur zur Sicherung seiner eignen Aftermiethsforderung eine Pfandflage gegen den Aftermiether begründet habe.

Indem es aber auch ferner heißt: was stillschweigend von dem Aftervermiether mit dem Aftermiether ausgemacht sei, daß die *invecta et illata* des Aftermiethers nur bis zur Aftermiethsumme eingesezt sein sollten, das (*hoc*) sei stillschweigend von demselben Aftervermiether auch mit dem ersten Vermiether ausgemacht worden, so daß dem ersten Vermiether nicht das fremde Pfandpactum des Aftervermiethers (mit dem Aftermiether), sondern sein eignes Pfandpactum (mit dem Aftervermiether) nütze: so ist damit bestimmt worden, daß die Pfandflage des ersten Vermiethers nicht vermöge wirklicher oder fingirter Cession auf das fremde Pfandpactum des Aftervermiethers mit dem Aftermiether, sondern vermöge stillschweigender Afterverpfändung auf das eigne Pfandpactum mit dem Aftervermiether zu stützen sei.

Ulpian entscheidet also: das durch den Aftervermiether vermittelte Verpfändetsein der *invecta et illata* des Aftermiethers an den ersten Vermiether sei so zu denken, daß der Aftermiether seine Sachen stillschweigend dem Aftervermiether für den Aftermiethzins zum Pfande eingesezt, und der Aftervermiether sein stillschweigendes Pfandrechts an den Sachen des Aftermiethers stillschweigend dem ersten Vermiether für den ersten Miethzins verpfändet habe.

In Betreff unserer Streitfragen ergiebt sich nun:

1. Gegenstand des Afterspandrechts ist das Pfandrechts, nicht die verpfändete Sache, obgleich uns auch bei Ulpian der ungenaue Redgebrauch begegnet, die *invecta et illata* des Aftermiethers außer dem Aftervermiether auch dem ersten Vermiether pfandrechtslich verhaftet erscheinen zu lassen; denn da, wo es auf genauere Begriffsbestimmung ankommt, sagt Ulpian ausdrücklich, der erste Vermiether sei nicht derjenige, dem die Sachen (*res*) verpfändet worden, sondern ein Anderer, ein solcher nämlich, dem nur ein Pfandrechts an den Sachen in Pfand gegeben sei. Weil die Sachen lediglich dem Aftervermiether verpfändet sind, so soll auch dieser allein nach Zahlung der Aftermiethschuld der *pignoratitia actio* des Aftermiethers unterliegen. Weil dagegen der Begriff der Pfandrechtsverpfändung mit sich bringt, daß das Pfandrechts des ersten Vermiethers nicht über das Pfandrechts des zweiten Vermiethers hinausreicht (*in eam duntaxat summam — in quam coenaculum conduxit*), so muß dasselbe auch ganz hinwegfallen, wenn der Miether jedes Pfandrechts

ermangelt, z. B. die Miethwohnung nicht in Astermiethe gegeben, sondern einem Dritten unentgeltlich eingeräumt hat. Auch das bezeugen die Rechtsbücher. Es heißt bei

Marcianus lib. singulari ad formul. hypothecar.⁶⁰⁾

Pomponius lib. 13 variarum lectionum scribit: Si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, in vecta a me domino insulae pignori non esse.

Von der stillschweigenden Pfandobligation zwischen Miether und Vermiether gilt die Regel: quo nomine ex locato cum eo actio non erit, in vecta et illata pignori non erunt obligata⁶¹⁾. Der Miether, welcher die gemietete Wohnung einem Anderen unentgeltlich zur Benutzung überläßt, erhält keine actio ex locato, mithin kein Pfandrecht an den in vectis et illatis, kann also auch seinem Vermiether kein Asterspandrecht an den in vectis et illatis verschaffen; ein Umstand, über den der Eigenthümer nicht klagen darf, weil er selbst nur für den Fall der Astervermietung ein stillschweigendes Asterspandrecht an dem durch den Miethcontract bedingten Pfandrechte des ersten Miethers sich bedungen hat. Wären dagegen die in vecta et illata des Astermiethers dem Eigenthümer des Hauses durch die Fiction eines mit demselben unmittelbar geschlossenen Vertrags für die Miethschuld des ersten Miethers, wenngleich nur bis zum Betrage der Astermiethsumme verpfändet, so würde nichts im Wege stehen, diese Fiction bis zum Werthe der überlassenen Nutzung auch gegen den vom Miether unentgeltlich aufgenommenen Inwohner anzuwenden, da unter dieser Voraussetzung ein ausreichender Grund fehlen würde, dem Eigenthümer in dem einen Falle weniger Sicherheit zu gewähren, als in dem anderen.

Unserer Auffassung entsprechend schreibt die Basilikenscholie⁶²⁾:

Σημείωσαι, ὅτι ὁ παρὰ τοῦ κενακουλαρίου μισθωσάμενος δοκεῖ δωρηθῆναι καὶ αὐτῷ τῷ κενακουλαρίῳ καὶ τῷ δεσπότῃ τῆς αὐλῆς ὑποτίθεσθαι τὰ ἐν βέετα καὶ τὰ ἐν λάτα, οὐ μὲν ὁ γρατουῖταν ναβιτατίονα παρὰ τοῦτον λαβών, ὥς

⁶⁰⁾ l. 5 pr. D. in quib. caus. pign. (20. 2). cf. Schel. 10 fin. zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 5 (Heimb. III, p. 59). — Nach dieser Scholie wäre obiges Bruchstück aus Marcian's lib. singular. Antipapinian, eine Ueberschrift, die von den Compilatoren vielleicht mit Rücksicht auf const. Deo auct. §. 6 geändert ist. — ⁶¹⁾ l. 2 D. in quib. caus. pign. (20. 2). — ⁶²⁾ Schel. 10 fin. zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 5 (Heimb. III, p. 59): Nota eum, qui conduxit a coeniculario, videri tacite et ipsi coeniculario et domino aedium in vecta et illata pignori obligare, nec vero eum, qui gratuitam habitationem ab eo accepit, ut ait Marcianus lib. 20 tit. 2 Antipapiniani dig. 5.

ὁ Μαρκιανὸς ἐν τῷ β'. τιτ. τοῦ κ'. βιβ. τῶν Ἀντιπαπια-
νοῦ μονοβιβλῳ διγ. ε'. φησίν.

Denn wenn man berücksichtigt, daß der Zeit nach das stillschweigende Pfandpactum zwischen dem ersten und zweiten Vermiether über die Verpfändung des Pfandrechts demjenigen stillschweigenden Pfandpactum vorhergeht, welches erst zwischen dem ersten und zweiten Miether das dem ersten Vermiether im Voraus verpfändete Pfandrecht begründet: so tritt in der That der zweite Miether durch das stillschweigende Pfandpactum mit dem zweiten Vermiether zugleich auch zu dem ersten Vermiether in pfandrechtliche Beziehungen, und scheint insofern stillschweigend seine *invecta et illata* sowohl unmittelbar dem zweiten Vermiether zu Pfand, als mittelbar dem ersten Vermiether zu Austerpfand bis auf die Austermiethsumme einzusetzen. Anders dagegen verhält es sich mit demjenigen, welchem der Miether eine Wohnung unentgeltlich einräumt; denn dieser setzt sein Eingebrahtes weder unmittelbar dem Miether zum Pfande, noch folglich mittelbar dem Vermiether zum Austerpfande.

2. Mit dem Pfandrechte des Austervermiethers ist dem ersten Vermiether stets die dasselbe bedingende *ablocati actio* zugleich stillschweigend verpfändet worden.

Dafür spricht erstens folgender Gedankengang Ulpian's:

Weil nicht bloß die an den Gläubiger selbst, sondern auch die mit dem Willen des Gläubigers an einen Andern geleistete Zahlung als wahre *solutio* gilt (*solutam pecuniam accipiendum*), und weil der Austerverpfänder durch die Austerverpfändung seinen Willen kundgegeben hat, daß dem Austerpfandgläubiger für ihn gezahlt werden könne; daher (unde) befreiet sowohl die vom Austermiether dem Austervermiether, als auch die vom Austermiether dem ersten Vermiether eingehändigte Zahlung des Austermiethgeldes die *invecta et illata* des Austermiethers vom Pfandrechte des Austervermiethers⁶³). Weil aber dem ersten Vermiether zugleich die *ablocati actio* des Austervermiethers verpfändet ist, und deshalb die Zahlung des Austermiethgeldes dem ersten Vermiether Pfandrecht an den gezahlten Geldstücken und in Betreff der Forderungspfandflage, wie in Betreff der Austerpfandflage *satisfactio* verschafft, so befreiet die ganz an den ersten oder zweiten Vermiether oder die theilweise an den ersten und theilweise an den zweiten Vermiether geleistete Zahlung die *invecta et illata* des Austermiethers auch von den Austerpfandansprüchen des ersten Vermiethers.

⁶³) Aus den Grundsätzen der l. 6 D. de doli mal. exc. (44. 4) kann die durch Zahlung an den ersten Vermiether ipso jure eintretende Tilgung der Austermiethschuld nicht abgeleitet werden.

Zweitens heißt es in anderen Stellen:

Labeo lib. 1 Pithanon ⁶⁴).

Si mercedem insulae accessuram emtori dictum est, quanti insula locata est, tantum emtori praestatur. Paulus ⁶⁵) immo, si insulam totam uno nomine locaveris et amplioris conductor locaverit, et in vendenda insula mercedem emtori cessuram esse dixeris, id accedet, quod tibi totius insulae conductor debebit.

Labeo lib. 4 Posteriorum a Javoleno Epitomatorum ⁶⁶).

Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti, ita ut emtori mercedes inquilinorum accederent. Quamvis enim conductor majoris pretii locaret, tamen id emtori accedet, quod tibi conductor debeat.

Labeo und Paulus entscheiden, daß der Eigenthümer, welcher beim Verkaufe des vermiethteten Hauses die ihm gebührenden ⁶⁷) Miethgelber dem Käufer cedirt, nicht mehr, als die ihm vom ersten Miethher geschuldeten Summen übertrage, obgleich der erste Miethher von Astermiethern höhere Summen zu fordern haben sollte ⁶⁸). Diese Entscheidung setzt Zweifel voraus, deren Möglichkeit zeigt, daß der Verkäufer nicht bloß auf den Miethzins, sondern auch auf den Astermiethzins der Uebertragung fähige Ansprüche gehabt habe. Da der erste Vermietther mit dem Astermiethher in keinem Vertragsverhältniß steht, so können dergleichen Ansprüche — abgesehen von einer nirgends angezeigten Cession des Astervermietthers — nur aus dem stillschweigenden Pfandrechte des ersten Vermietthers am stillschweigenden Pfandrechte des Astervermietthers und aus dem damit verbundenen Pfandrechte an der das verpfändete Pfandrecht bedingenden ablocati actio des Astervermietthers abgeleitet werden. Die als utile ablocati iudicium sich äuffernde hypothecaria actio gegen den Astermiethher auf Leistung der gesammten Astermiethsgelder ist es also, die der Verkäufer dem Käufer mit der eignen locati actio zugleich cedirte und die den Zweifel erregte, ob bloß die Miethgelder oder auch die Astermiethsgelder hätten überwiesen werden sollen. Die Entscheidung mußte indeß, wie geschehen, ausfallen, weil die als utile ablocati iudicium verfolgte hypothecaria actio dem Cessionar nur Pfandbesitz an dem eingehobenen Gelde verschafft, mit dem Rechte, bis zum Betrage der

⁶⁴) l. 53 D. de act. E. V. (19. 1). — — ⁶⁵) Paulus schrieb Noten zu Labeo's libri VIII. *πυθανων*. — Bynkershoek obs. III, 16. — Zimmern Rechtsgech. Th. 1 §. 83. — — ⁶⁶) l. 58 D. locati (19. 2), cf. Basil. XX, 1 c. 58 u. Schol. 1 (Heimb. II, p. 364 sq.). — — ⁶⁷) l. 13 §. 11 D. de act. E. V. (19. 1), cf. l. 13 §. 16 D. eod. l. 68 pr. D. de contrah. emt. (18. 1). — — ⁶⁸) cf. l. 7 l. 8 D. locati (19. 2), l. 30 pr. D. eod.

locati actio zu compensiren und mit der Verpflichtung, den Ueberschuß an den Aflervermiether herauszugeben⁶⁹⁾, so daß der Käufer vom Verkäufer immer nicht mehr überkommen hat, als was vom ersten Miether an den ersten Vermiiher bezahlt werden muß.

Drittens wirkt unterstützend:

Papinianus lib. 11 Responsorum⁷⁰⁾.

Qui fidejussor exstitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, Reipublicae non tenetur: sed fructus in eadem causa pignoris manent.

Eine Stadtgemeinde hat ländliche Grundstücke einem Unternehmer (manceps)⁷¹⁾ verpachtet, welcher dieselben in Aflerpacht gegeben und von einem Aflerpächter für die Aflerpachtsumme Bürgschaft empfangen hat. In diesem Falle ist es zwar richtig, daß die Stadtgemeinde sich an die dem Unternehmer gestellten Bürgen nicht halten kann, weil nur die Früchte der verpachteten Grundstücke, nicht auch die ablocati actio mit Accessorien an Bürgschaften oder Pfandrechten⁷²⁾ der Stadtgemeinde stillschweigend verpfändet sind. Allein wie ist die Möglichkeit des aufgeworfenen Zweifels anders zu erklären, als daraus, daß das Gegentheil stattfinden würde, wenn städtische Grundstücke den Gegenstand der locatio conductio gebildet hätten, indem dann der Stadtgemeinde mit dem Pfandrechte des Aflervermiethers an den invecis et illatis der Aflermiether stets auch die dazu gehörige ablocati actio sammt deren Accessorien an Bürgschaftsklagen stillschweigend verpfändet worden wären?

Nachdem wir auf diese Weise gezeigt haben, daß auch das stillschweigende Aflerpfandrechtsverhältniß des ersten Vermiihers städtischer Grundstücke zu den invecis et illatis des Aflermiethers die von uns vertheidigte Beantwortung der aufgestellten Streitfragen bestätigt, so erscheint nunmehr das Aflerpfandrecht zwar, sofern das Pfandrecht in der Pfandlage besteht⁷³⁾, als eine Art von pignus in actionibus, quae debitori competunt⁷⁴⁾ und dem pignus nominis näher verwandt, als dem pignus rei, unterscheidet sich jedoch genauer gesehen vom pignus nominis gerade darin, daß der Afler-

⁶⁹⁾ C. C. 84 not. 85. — — ⁷⁰⁾ l. 53 D. locati (19. 2). — — ⁷¹⁾ l. 11 C. de vectigal. (4. 61), Basil. XX, 1 c. 52 (Heimb. II, p. 362 sq.). — *τελώνης* — publicanus; — *κομερσιάρχος* — commerciarus. — cf. Paulus Diaconus: Manceps dictus, quod manu capiatur; im Fall seiner Nichtzahlung wurde nämlich der manceps selbst subhastirt. — Manceps dicitur, qui quid a populo emit conductive. — — ⁷²⁾ l. 24 §. 1 D. locati (19. 2). C. C. 150 not. 53. — — ⁷³⁾ C. C. 94. — — ⁷⁴⁾ l. 1 C. de praetor. pign. (8. 22.).

pfandgläubiger vermöge seines Pfandrechts am Pfandrecht eben nicht die persönliche Hauptklage des Afterverpfänders, sondern dessen accessorische Pfandklage verfolgt.

Die Afterspandklage hat also folgende Merkmale:

- I. Sie beruht auf der Thatfache, daß dem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung ein Pfandrecht des Verpfänders verpfändet worden ist.

Hebt doch Ulpian⁷⁵⁾ als Unterschied der auf Grund der Cession und der auf Grund der Afterverpfändung angestellten Pfandklage ausdrücklich hervor, daß dort das fremde Pfandpactum des Cedenten mit dem Verpfänder, hier das eigne Pfandpactum des Klägers mit dem Afterverpfänder wesentlich sei; wird doch auch sonst die Thatfache, *pignus pignori datum esse*, als nächster Grund für die Afterspandklage deutlich genug erkennbar gemacht⁷⁶⁾. Die Pfandklage des Afterspandgläubigers erscheint insofern als *directe hypothecaria actio* oder als *directe persecutio*⁷⁷⁾.

- II. Die Afterspandklage setzt voraus, daß das verpfändete Pfandrecht zur Zeit der Verpfändung in dem Vermögen des Verpfänders sich befunden habe (in bonis debitoris fuisse).

Zum Beweise dient einerseits, daß *Scävola* den Afterspandgläubiger zu den Successoren des Afterverpfänders rechnet⁷⁸⁾, und die *Vasiliſen* das Recht des Afterspandgläubigers darin setzen, die Rechte des Afterverpfänders, z. B. je nachdem Sachen oder Forderungen dem Afterverpfänder verpfändet worden, das Sachpfandrecht oder das Forderungspfandrecht desselben, zu seinen Pfandzwecken geltend zu machen⁷⁹⁾; daß das Afterspandrecht nicht weiter reicht, als das Pfandrecht des Afterverpfänders, weder quantitativ, soviel die dem Afterverpfänder durch Pfand versicherten Summen anlangt⁸⁰⁾, noch qualitativ, was die dem Afterverpfänder zustehende Art des Pfandrechts oder die demselben zu Pfand gegebenen Rechte betrifft, indem z. B., wenn der Afterverpfänder auf Hypothekrecht beschränkt ist, nur dieses,

⁷⁵⁾ *§. §. 148 und §. 151 f.* — — ⁷⁶⁾ *l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 33 §. 4 D. de usurpat. (41. 3). §. §. 143 not. 17. l. 1, l. 2 C. si pign. pignori (8. 24).* — — ⁷⁷⁾ *l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7) . . neque persecutio dabitur.* — — ⁷⁸⁾ *l. 14 §. 3 D. de divers. temp. praescr. (44. 3) in Verbindung mit l. 14 §. 1. 2 D. eod. — §. §. 142 not. 12. 13.* — — ⁷⁹⁾ *Basil. XXV, 2 c. 18 (Heimb. III, p. 71). §. §. 144 not. 22.* — — ⁸⁰⁾ *l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (21. 1): Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur.* — cf. *l. 11 §. 5, l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 14 §. 3 D. de divers. tempor. praescr. (44. 3), l. 2 C. si pign. pignori. (8. 24).*

nicht *pignus* engeren Sinnes⁸¹⁾, und wenn der Afterverpfänder vom verpfändenden Eigenthümer Nießbrauch zum Pfande empfangen hat, nur Nießbrauchspfandrecht, nicht Eigenthumspfandrecht afterspandrechtlich verfolgt werden kann⁸²⁾; endlich daß Marcian wie der Kaiser Gordian die Klage des Afterspandgläubigers für eine *utilis actio*, d. h. für eine subjectiv erweiterte Pfandklage des Afterverpfänders erklären⁸³⁾, und zwar Gordian mit dem ausdrücklichen Beisatze: *ut tamdiu eum (sc. sequentem creditorem) is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.*

Zum Beweise dient aber auch andererseits die von Paulus für jedes Pfandrecht und demgemäß auch für das Afterspandrecht aufgestellte Regel, daß der Verpfänder ohne den Pfandgläubiger die Lage des Pfandrechts (*causam pignoris*) nicht verschlechtern könne⁸⁴⁾, und die selbstverständliche Wahrheit, daß die durch vorgängige Certioration des verpfändeten Schuldners ihrer Wirksamkeit als *satisfactio* entkleidete Bezahlung (*solutio*) der mit dem Pfandrechte des Afterverpfänders zugleich verpfändeten Forderung unmöglich ein größeres Hinderniß für die Afterspandklage, als für die Forderungspfandklage des Afterspandgläubigers sein kann.

Aus jenen Thatfachen ergibt sich, daß die Afterspandklage von derjenigen Wirksamkeit und denjenigen Eigenschaften abhängt, welche das verpfändete Pfandrecht zur Zeit der Verpfändung hatte; aus diesen Thatfachen ersieht man, daß das Afterspandrecht von denjenigen Wechselfällen des verpfändeten Pfandrechts unberührt bleibt, deren Ursache nicht in die Zeit vor der Afterverpfändung hinabreicht, oder deren Wirkung nicht zugleich als Zufriedenstellung (*satisfactio*) des Afterspandgläubigers betrachtet werden kann.

Freilich scheinen zur letzten Folgerung die oben hervorgehobenen Worte Gordian's nicht zu stimmen, wonach der Afterspandgläubiger mittelst seiner *utilis actio* so lange Schutz finden soll, als das ihm vom Afterverpfänder verpfändete Pfand dem Afterverpfänder verpfändet bleibt⁸⁵⁾: allein man müßte einen Widerspruch gegen alle Grundsätze des Pfandrechts annehmen, wollte man den Worten wirklich den allgemeinen Sinn zugestehen, der scheinbar in ihnen enthalten ist. Berücksichtigt man dagegen, daß die Worte Bestandtheile eines Re-

⁸¹⁾ C. C. 143 not. 18. — ⁸²⁾ C. C. 143 not. 19. — ⁸³⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1 C. si pign. pignor. (8. 24). — ⁸⁴⁾ Paul. sent. rec. IV, 12 §. 6. — ⁸⁵⁾ cf. Basil. XXV, 7 c. 19 (Heimb. III, p. 86). . . ἐπὶ τοσούτων δὲ αὐτὸ κρατεῖ ὁ δευτερός δανειστής, ἐφ' ὅσον καὶ ὁ πρῶτος ἔχει αὐτὸ ὑποκείμενον. — Secundus autem creditor tamdiu illud detinet, quamdiu et prior illud obligatum habet.

scripts sind, in welchem der Fall zu entscheiden war, daß ein Nießbrauchspfandgläubiger volles Sachpfandrecht in Asterpfand gegeben hatte, so beschränkt sich die Bedeutung von selbst dahin, daß die betreffende Sache, was die Proprietätsrechte anlangt, gar nicht, und was die Nutzungsbefugnisse betrifft, nur so lange, als dieselben nach der Natur des Nießbrauchspfandrechts dem Asterverpfänder verpfändet sein konnten, nämlich nur bis zum Tode oder Statusverluste des Nießbrauchsberechtigten auch dem Asterpfandgläubiger pfandreichtlich zu haben im Stande sei⁸⁶⁾. Sind doch selbst Marcian's scheinbar allgemeine Worte, daß das vom Nießbrauchsberechtigten am Nießbrauch bestellte Pfandrecht extincto usufructu untergehe⁸⁷⁾, auf den Fall des durch freiwillige Entfugung des Nutznießers bewirkten Erlöschens nicht zu beziehen, weil die betreffende Pfandklage nach ausdrücklichen Zeugnissen nichts weiter voraussetzt, als daß der verpfändete Nießbrauch zur Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders gewesen sei⁸⁸⁾.

Gordian's Worte beweisen indeß, daß das Pfandrecht des Asterverpfänders auch nach der Asterverpfändung fort-dauert, folglich durch Klage und Einrede nach wie vor geltend gemacht werden kann, auch unbeschadet des Asterpfandrechts cessibel ist, und, sofern erst nach der Asterverpfändung entweder das verpfändete Pfandrecht an den Asterpfandgläubiger oder das Asterpfandrecht an den Inhaber des verpfändeten Pfandrechts gelangt, Asterpfandrecht am eignen Pfandrecht zulässig macht.

III. Die Asterpfandklage ist bedingt:

durch mangelnde solutio, mangelnde satisfactio und mangelnde Verschuldung des Asterpfandgläubigers an unterbliebener solutio oder satisfactio.

a. Mangelnde solutio

als Bedingung der Asterpfandklage ergibt sich aus Marcian⁸⁹⁾, welcher das Asterpfandrecht nur insoweit gültig erklärt: quatenus utraque pecunia debetur, also unter Anderem hinwegfallen läßt, sobald durch Bezahlung der Asterpfandschuld die eine der beiden Geldsummen geschuldet zu werden aufhört. Auch ohne dieses Zeugniß würde sich übrigens diese Bedingung von selbst verstehen.

b. Mangelnde satisfactio

als Bedingung der Asterpfandklage versteht sich ebenfalls von selbst

⁸⁶⁾ Vergl. §. 24. — — ⁸⁷⁾ l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ⁸⁸⁾ l. 11 §. 3 D. qui potior (20. 4). — cf. Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30 S. 180 ff. — — ⁸⁹⁾ l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1).

insofern, als Niemand zweifeln wird, daß derjenige Austerpfandgläubiger, welcher seine durch das Austerpfandrecht gesicherte Forderung oder sein Austerpfandrecht entgeltlich oder unentgeltlich aufgegeben hat, mit der dessenungeachtet erhobenen Austerpfandklage zurückgewiesen werden muß. Des Hervorhebens werth erscheint nur die besondere Art von satisfactio, deren Zulässigkeit bei jedem Austerpfandpactum wie bei jedem Forderungspfandpactum ausdrücklich oder stillschweigend bedungen wird, weil die Austerverpfändung dem ersten Verpfänder sein Recht der Pfandauslösung nicht entziehen oder schmälern kann⁹⁰). Ich meine das an die Stelle des Forderungspfandrechts wie des Austerpfandrechts tretende Pfandrecht an denjenigen Gegenständen, welche als Bezahlung der neben dem verpfändeten Pfandrechte zugleich verpfändeten Forderung sei es dem Austerverpfänder selbst, sei es für denselben dem Austerpfandgläubiger übergeben werden. Dieser satisfactio gedenkt Marcian⁹¹), wenn er schreibt: Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Die Zahlung des ersten Verpfänders, einerlei ob dem Austerverpfänder oder Namens desselben dem Austerpfandgläubiger geschehen⁹²), soll außer der Schuldforderung auch das Pfandrecht aufheben und zwar, wie die Basiliken zur Beseitigung alles Zweifels erklären⁹³), jedes der beiden Pfandrechte (ἐκατέρα ὑποθήκη), nämlich das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers durch solutio, das Pfandrecht des Austerpfandgläubigers am Pfandrechte des Austerverpfänders sowohl, als an der Forderung desselben, durch satisfactio⁹⁴).

Der selben Zahlung in ihrem Einflusse als Zufriedenstellung des Austerpfandgläubigers erwähnen Papinian⁹⁵), Scävola⁹⁶), Ulpian⁹⁷) und Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian⁹⁸), sowie des Kaisers Gordian⁹⁹). Es soll nämlich, sobald der erste Verpfänder das, was er schuldig ist, gezahlt hat, nach Papinian die Austerpfandklage und Austerpfandeinrede (persecutio et retentio) dem Austerpfandgläubiger versagt werden und sowohl auf Grund der solutio die actio pignoratitia des ersten Verpfänders gegen den Austerverpfänder, als auf Grund der satisfactio die actio pignoratitia des Austerverpfänders gegen den Austerpfandgläubiger gerechtfertigt sein; ferner nach Scävola beim alten interdictum utrubi der Besitz des

⁹⁰) Paul. sent. rec. IV, 12 §. 16. — l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13. 7). — — ⁹¹) l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁹²) C. C. 121. — — ⁹³) C. C. 135 ff. — — ⁹⁴) C. C. 121 not. 39. — — ⁹⁵) C. C. 123. — — ⁹⁶) l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13. 7). — — ⁹⁷) C. §. 45. — — ⁹⁸) l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44. 3). — — ⁹⁹) l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13. 7). — — ⁹⁰) l. 2 C. si pign. pignor. (8. 24). — — ⁹¹) C. §. 45. — — ⁹²) l. 1 C. si pign. pignor. (8. 24). — — ⁹³) C. §. 24.

ersten Verpfänders dem eignen Besitze der verpfändeten Sache vom Austerpfandgläubiger nicht länger hinzugerechnet werden, nach Ulpian die *pignoratitia actio* des ersten Verpfänders gegen den im Besitze der zu Austerpfand gegebenen Pfandstücke verbliebenen ersten Pfandgläubiger, und nach dem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian die auf fingirter Cession des ersten Pfandgläubigers beruhende *utilis pignoratitia actio* des ersten Verpfänders gegen den zum Besitze der Pfandstücke gelangten Austerpfandgläubiger¹⁰⁰⁾ begründet sein; nach dem Rescripte des Kaisers Gordian endlich der Austerpfandgläubiger das ihm vorher verstatet gewesene Recht verloren haben, die Pfandstücke aus dem Rechte des ersten Pfandgläubigers zur eignen Befriedigung zu verkaufen; lauter Folgen, welche mehr oder weniger deutlich sowohl die Aufhebung des Austerpfandrechts als die Aufhebung des ersten Pfandrechts voraussetzen.

Weil aber dieselbe *satisfactio*, welche nach diesen Zeugnissen das Austerpfandrecht aufhebt, nach den früheren Erörterungen zwar auch das Pfandrecht an der mit dem Pfandrecht des Austerverpfänders zugleich verpfändeten Hauptforderung desselben aufhebt, in Betreff des Forderungspfandrechts jedoch ausnahmsweise durch eine *replicatio doli* ihre aufhebende Kraft verliert, wenn der erste Verpfänder den ihm vorher bekannt gemachten Willen des Austerpfandgläubigers, die Zahlung an den Austerverpfänder nur dem Austerpfandgläubiger Namens desselben einzuhändigen, ohne hinlänglichen Grund unbeachtet läßt: so muß diese Willenserklärung des Austerpfandgläubigers unter gleichen Voraussetzungen auch in Betreff des Austerpfandrechts der *satisfactio* ihre aufhebende Kraft benehmen.

Die Austerpfandklage wird daher gegen die erwähnte *exceptio satisfactionis* durch *replicatio doli* aufrecht erhalten, wenn der Austerpfandgläubiger den ersten Verpfänder gehörig certiorirt, dieser aber nichtsdestoweniger dem ersten Pfandgläubiger anders als durch des Austerpfandgläubigers Vermittelung Zahlung geleistet hat. Positive Beweise für diesen Satz lassen sich freilich nicht beibringen; es genügt aber, daß nirgends das Gegentheil bezeugt ist, da er aus der Natur des Rechtsverhältnisses nothwendig von selbst folgt.

c. Der mangelnden Verschuldung an unterbliebener *solutio* oder *satisfactio*

als Bedingung der Austerpfandklage ist meines Wissens in den Rechtsbüchern nirgends ausdrücklich Erwähnung geschehen; man müßte sonst, — wie dieses allerdings nicht unstatthaft ist¹⁰¹⁾ — unter den in l. 10 C. de pignor. act. (4. 24) erwähnten *successores credi-*

¹⁰⁰⁾ C. §. 45; auch C. 82 not. 72. — ¹⁰¹⁾ C. C. 142 zu not. 11—13. Schmidt, Geisteslehre.

torum auch den Pfandgläubiger verstehen. Sei dem indeß, wie ihm wolle, wer durch die früheren Erörterungen überzeugt ist, daß solutio und satisfactio stehende Einreden der Pfandklage sind, der wird immerhin auch den Vorwurf, daß durch den Pfandgläubiger das Unterbleiben der solutio oder satisfactio selbst verschuldet sei, als Einrede zulassen müssen, weil sonst das Mittel fehlen würde, das Recht, durch solutio und zuvor gestattete satisfactio die Pfandklage zu beseitigen, auch gegen den Willen des Pfandgläubigers durchzusetzen.

Durch vorstehende Erörterung wird hoffentlich das Wesen der Pfandklage als einer Anwendung der hypothekarischen Formel klar geworden sein. Es versteht sich danach von selbst, daß der Pfandgläubiger zwar über sein Pfandrecht, aber nicht über das ihm verpfändete Pfandrecht des Pfandverpfänders zu verfügen im Stande ist, weil der Pfandgläubiger ohne den Verpfänder die Lage des Verpfänders nicht verschlechtern kann¹⁰²⁾. Es versteht sich ebenso von selbst, daß der Pfandverpfänder über das verpfändete Pfandrecht ohne den Pfandgläubiger nur unbeschadet des Pfandrechts zu schalten, also das Pfandrecht nur cum sua causa zu cediren vermag¹⁰³⁾, weil auch der Verpfänder die Lage des Pfandgläubigers nicht einseitig soll verschlimmern dürfen¹⁰⁴⁾. Es erledigen sich ohne Weiteres alle sonstigen Controversen, welche anderen Auffassungen des Pfandrechts ihr Dasein verdanken, so daß wir den Leser mit keiner besonderen Widerlegung zu ermüden brauchen. Das Pfandrecht erscheint nach unserer Darstellung in der That als ein Institut der Praxis, welches auf der einen Seite der allgemeinen Theorie der hypothekarischen Klage aufs Engste sich anschließt und dadurch nach allen Richtungen für seine rechtliche Beurtheilung sichere Anhaltspunkte darbietet, auf der anderen Seite allen Anforderungen des Verkehrs vollkommen genügt, indem es das Bedürfnis des Pfandgläubigers, das verpfändete Recht mit Selbständigkeit verfolgen zu können, mit dem entgegengesetzten Bedürfnis des Pfandverpfänders, über den Zweck der Sicherstellung seines Gläubigers hinaus in der Verfügung über seine Pfänder nicht gehindert zu werden, ohne jede Benachtheiligung des ersten Verpfänders befriedigend ausgleicht.

¹⁰²⁾ Paul. sent. rec. IV, 12 §. 6. — — ¹⁰³⁾ l. 15 C. de pign. et hyp. (8. 14). — — ¹⁰⁴⁾ Paul. sent. rec. IV, 12 §. 6.

Ueber das Recht des Pfandgläubigers, zu seiner Befriedigung sowohl das in Pfand genommenene Pfandrecht des Pfandverpfänders, als die dem Pfandverpfänder vom ersten Verpfänder verpfändete Sache verkaufen zu dürfen, wird weiter unten das Erforderliche gesagt werden¹⁰⁵⁾.

Klagen, welche dem Sachpfandgläubiger ausser der utilis petitio aus des Verpfänders Rechte gegeben werden. §. 16. Diejenigen Klagen, welche dem Sachpfandgläubiger außer der utilis petitio aus dem Rechte des Verpfänders gegeben werden, haben nach dem früher Ausgeführten eine Formel, welche zwar ebenfalls als formula hypothecaria sich kenntlich macht, jedoch auf eine von der gewöhnlichen Pfandklage etwas abweichende Art aus der Sachlegitimation des Klägers und dem eigentlichen Klaggrunde zusammengesetzt ist. Die Sachlegitimation des Klägers besteht aus den vereinigten Thatfachen, daß diejenige Sache, deren Eigenthum die Voraussetzung der betreffenden, direct dem Verpfänder oder dessen Nachfolger erwachsenen Klage bildet, dem Pfandgläubiger für eine Forderung verpfändet worden sei, daß dieselbe Sache zur Zeit der Verpfändung in des Verpfänders Vermögen sich befunden habe und daß weder Bezahlung, noch Zufriedenstellung, noch Verschuldung des Pfandgläubigers an unterbliebener Bezahlung oder Zufriedenstellung vorliege. Der eigentliche Klaggrund, welcher die hypothecarische Klage des Pfandgläubigers zu einer utilis actio confessoria, communi dividundo, finium regundorum, furti, legis Aquiliae u. s. w. stempelt¹⁾, besteht dagegen in der Behauptung, daß für den Verpfänder oder dessen Nachfolger, als Eigenthümer der verpfändeten Sache, das betreffende directe Klagerecht erwachsen sei. Der Erfolg dieser Formulirung kann dann kein anderer sein, als daß die dem Beklagten abgenöthigte Leistung, sei es des Streitgegenstandes, sei es des Streitwerths, dem klagenden Pfandgläubiger Pfandbesitz, beziehungsweise Pfandquasibesitz, dem Verpfänder dagegen Eigenthumsbesitz, beziehungsweise Quasibesitz, auch oft erst Eigenthum verschafft, und den Beklagten sowohl vom Pfandgläubiger, als vom Verpfänder befreiet, den Pfandgläubiger aber hinsichtlich des Empfangenen der pignoratitia in personam actio des Verpfänders unterwirft.

Um den Beweis zu führen, daß diese Formulirung bei den einzelnen zur Frage stehenden Klagen wirklich angewendet worden sei, darf

¹⁰⁵⁾ C. §. 24.

¹⁾ l. 16 D. de servit. (8. 1).

1. hinsichtlich der *confessoria actio* auf dasjenige verwiesen werden, was oben bereits beigebracht ist ²⁾).

2. Hinsichtlich der *actio communi dividundo* und *actio finium regundorum* ist zunächst zu erwägen, daß beide Klagen dem Pfandgläubiger und gegen denselben gegeben worden sind, um mit der Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen oder verwirrten Eigenthums zugleich die Auseinandersetzung des darauf ruhenden Pfandrechts zu verbinden, welches — gleich dem Nießbrauche ³⁾ — bei einem von den Eigenthümern ohne Betheiligung der Pfandgläubiger durchgeführten Verfahren auf den ursprünglich verpfändeten Antheilen und Flächen fortbauern würde ⁴⁾. Die Meinung, daß die *actio communi dividundo* nur dem Miteigenthümer gegen den Pfandgläubiger des anderen Miteigenthümers, aber nicht umgekehrt dem Pfandgläubiger des einen Miteigenthümers gegen den anderen Miteigenthümer gegeben sei, scheitert theils an der Duplicität des *judicium*, theils an dem Zeugnisse Ulpian's, daß auch der Pfandgläubiger des einen Miteigenthümers gegen den Pfandgläubiger des anderen behuf Theilung des Miteigenthums als Kläger auftreten könne ⁵⁾, theils endlich an der Bestimmung Justinian's, daß der zweite Pfandgläubiger gegen den ersten Pfandgläubiger, welcher durch *impetratio dominii* an dem seine Forderung im Werthe übersteigenden Pfande Miteigenthümer des Verpfänders geworden ist, auf Theilung des Eigenthums zu dringen berechtigt sei ⁶⁾.

Von der *actio communi dividundo* schreibt nun

Marcianus lib. singulari ad formul. hypothecar. ⁷⁾:

Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium ejus vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest: et si exceptio objiciatur a possessore rei judicatae, replicet: si secundum me judicatum non est.

Diese vielbesprochene ⁸⁾ Stelle, welche wegen der auf ein Theilungsverfahren hinweisenden Worte: *hypothecam sibi per sententiam adjudicatam*, von den Basiliken ⁹⁾ übersetzt durch: *Ἐὰν*

²⁾ §. 113 f. — — ³⁾ l. 31 D. de usu et usufr. leg. (33. 2). — —

⁴⁾ l. 3 §. 2 D. qui potior. (20. 4), l. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 6 §. 8 D. comm. div. (10. 3), l. 21 D. quae in fraud. credit. (42. 8). — — ⁵⁾ l. 7 §. 13 D. comm. div. (10. 3). — — ⁶⁾ l. 3 §. 4 C. de jure domin. impetr. (8. 34). — — ⁷⁾ l. 16 §. 5 de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁸⁾ cf.

Keller *Utiiscent.* §. 586 ff. — Ribbentropp *commentat. ad h. l.* Goettin-
gae 1824. — Buchta *Einfluß des Proc.* Th. 1 §. 147 ff. — Wachsen *Pfandr.*
Th. 1 §. 634. — Becker *process. Consumtion* §. 318 ff. — Pfeiffer *Arch. f.*
civ. Pr. Bd. 37 §. 246. — Endemann *Princip der Rechtskraft* §. 77 f. — —

⁹⁾ Basil. XXV, 2 c. 16 §. 5 (Heimb. III, p. 70).

κατὰ ψῆφον προκυρωθῇ μοι ὑποθήκη, alles Zweifels ungeachtet¹⁰⁾, von dem *judicium communi dividundo* verstanden werden muß, wenn der Einwurf: nam *dominium ejus vindicare non potest* nicht geradezu abgeschmact erscheinen soll, erklärt sich befriedigend nur, falls man die Anwendung der in Frage stehenden Formel voraussetzt.

Der Pfandgläubiger, dem der Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache verpfändet ist¹¹⁾, hat behuf Theilung des Eigenthums gegen den Miteigenthümer des Verpfänders oder gegen den Pfandgläubiger des Miteigenthümers die *hypothecaria actio* als *utile judicium communi dividundo* angestellt und das ganze Pfandstück (*hypotheca*) gegen eine zugleich auferlegte Geldentschädigung¹²⁾ *adjudicirt* (*προκυρωθῇ*)¹³⁾, aber nicht tradirt erhalten. Unter dieser Voraussetzung wirft Marcian die Frage auf, wie der Gläubiger zum Besitze des ihm durch das Urtheil *adjudicirten* Pfandes gelangen solle? (*Creditor hypothecam per sententiam sibi adjudicatam quemadmodum habiturus sit?*) Soviel ist gleich klar, daß er das gewöhnliche Mittel der *reivindicatio*, welches dem Miteigenthümer zustehen würde, nicht gebrauchen kann (*dominium ejus vindicare non potest*); denn die *Abjudication* geschieht nicht der Person, sondern der Sache¹⁴⁾, gewährt also nur dem Eigenthume des Verpfänders auf einstweilige Unkosten des Gläubigers einen Zuwachs, macht aber keineswegs den Gläubiger selbst zum Eigenthümer. Welche andere Klage stellt ihm nun der Prätor, der jede *adjudicatio* durch entsprechende Klagen und Einreden verwirklicht¹⁵⁾, zu Gebote? Nach der Regel: *Pignoris persecutio in rem parit actionem*¹⁶⁾, kann es nur die *hypothecaria in rem actio* sein; denn die durch *pignoris persecutio* in Form des *utile judicium communi dividundo* erzeugene *adjudicatio* bewirkt eine rechtlich nothwendige Erweiterung des ursprünglich verpfändeten Miteigenthums, welche nicht nur unter die obligatorischen Beziehungen desselben fällt, z. B. wenn das Miteigenthum vor der *adjudicatio* verkauft, im Auftrage eines Anderen erworben, durch *Realcontract* zum Pfande übergeben ist, vom Käufer,

¹⁰⁾ l. 12 pr. D. qui potior. (20. 4): *adjudicari ei poterit hypotheca*. — ¹¹⁾ l. 7 C. com. utriusque jud. (3. 38), l. un. C. si comm. res pign. (8. 21), l. 3 §. 2 D. qui potior. (20. 4), l. 1 §. 2 D. de Salv. interd. (43. 33). — ¹²⁾ l. 2 C. com. div. (3. 37), l. 7 §. 13 D. eod. (10. 3). — ¹³⁾ Basil. XXV, 2 c. 16 §. 5 (Heimb. III, p. 70), cf. Basil. XII, 2 c. 7 §. 13 u. Schol. 21. 22 (Heimb. I, p. 803) *προκυρωθῇ δὲ ὅλος ὁ ἀγρὸς*. — ¹⁴⁾ l. 4 §. 5 fin. reg. (10. 1), l. 7 §. 13 D. com. div. (10. 3), Schol. 19. 24 zu Basil. XII, 2 c. 7 §. 13 (Heimb. I, p. 802). — cf. l. 21 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — ¹⁵⁾ l. 44 §. 1 D. fam. herc. (10. 2), cf. Vat. fr. §. 47. — ¹⁶⁾ l. 17 D. de pign. et hyp. (20. 1).

Mandatar, Verpfänder gegen Ersatz der Auslagen zurückgenommen werden muß¹⁷⁾, sondern auch, wie die Alluvion¹⁸⁾ und das auf der verpfändeten Grundfläche erbaute Haus¹⁹⁾, der zu der verpfändeten Proprietät heimkehrende Nießbrauch²⁰⁾ und der dem Eigenthümer zufallende Antheil des auf dem verpfändeten Grundstück gefundenen Schatzes²¹⁾ dem von vorn herein mit Rücksicht auf die Möglichkeit solcher natürlichen und rechtlichen Entwicklungen verabredeten Pfandrechte unterworfen wird. Durchaus folgerichtig und natürlich antwortet also Marcian: *Sed hypothecaria agere potest*. Der Pfandgläubiger soll auf Grund seines Pfandrechts an dem ursprünglichen Eigenthumsantheile des Verpfänders auch das Eigenthum des Verpfänders an dem adjudicirten Antheile gegen dessen Besitzer mit der hypothekarischen Formel geltend machen und sich dadurch an der ganzen Sache Pfandbesitz verschaffen, auch nöthigenfalls die ganze Sache zu seiner Befriedigung wegen der ursprünglichen Forderung und der späteren Auslagen verkaufen dürfen²²⁾.

Diese sachgemäße Entscheidung stößt indeß auf ein neues Bedenken. Dasselbe Pfandrecht, welches zur Verwirklichung der *adjudicatio* benutzt werden soll, ist behuf Herbeiführung der Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums unter denselben Parteien schon einmal Gegenstand processualischer Erörterung gewesen. Da nun zwei Rechtsstreite selbst dann einander aufheben, wenn die Rechtsfrage, welche in dem zweiten Rechtsstreite Gegenstand der Prüfung und Entscheidung werden soll, in dem ersten bloß als eine Bedingung, ohne welche der Kläger seinen eigentlichen Anspruch nicht geltend machen konnte, erledigt worden ist²³⁾: so erscheint die als *utilis actio communi dividundo in iudicium deducirte hypothecaria actio* processualisch consumirt und untauglich, um als *utilis petitio* wiederholt zu werden. Allein auch gegen dieses Hinderniß weiß Marcian Rath. Die Consumtion ist nicht *ipso jure*, sondern *ope exceptionis* eingetreten, so daß der das Pfandrecht anerkennende Inhalt des früheren Urtheils zu einer Replik verwandt werden kann, welche die Einrede der Consumtion entkräftet und der Pfandklage auch bei Verwirklichung der

¹⁷⁾ l. 7 §. 13 D. com. div. (10. 3), l. 13 §. 17 D. de act. E. V. (19. 1). — — ¹⁸⁾ l. 18 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7). — — ¹⁹⁾ l. 16 §. 2, l. 29 §. 2, l. 35 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ²⁰⁾ l. 18 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7). — — ²¹⁾ l. 63 §. 3 D. de acquir. dom. (41. 1) . . quod jure pignor. act. (13. 7). — — ²²⁾ l. 3, l. 7 §. 4, 5, l. 8, l. 11 §. 3 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 25 §. 8 D. fam. herc. (10. 2), l. 21 D. de except. (44. 1). — cf. v. Savigny Syst. Bd. 6 S. 435 ff. Endemann Princip der Rechtskraft S. 83 ff.

Abjudication den Erfolg sichert²⁴); evidenter enim iniquissimum est — sagt Julian — proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est²⁵).

Die Anwendung der hypothekarischen Formel auf die dem Pfandgläubiger zur Theilung verpfändeten Miteigenthums gegebene utilis actio communi dividendo dürfte hiernach keinem Zweifel mehr unterliegen. Folge ist dann weiter, daß die Abjudicationssumme, welche der bei der Versteigerung überbotene Pfandgläubiger für den dem Gegner adjudicirten Eigenthumsantheil seines Verpfänders erhält, dem Pfandgläubiger übergeben wird, um für den Verpfänder Eigenthum und für sich selbst nur Pfandrecht und Pfandbesitz daran zu erwerben, daß also dem Pfandgläubiger für das am adjudicirten Eigenthumsantheile des Verpfänders verlorene Pfandrecht so lange nur eine vorläufige satisfactio in dem Pfandrechte am Gelde zu Theil wird, bis er sich durch Compensation seines Pfandrechts und seiner Pfandrückgabeverbindlichkeit zum zutreffenden Betrage definitive Befriedigung verschafft²⁶).

Von des Pfandgläubigers actio finium regundorum sagt Scävola in einer im Uebrigen erst später²⁷) zu erläuternden Stelle²⁸), daß der Klage durch ein nach der Verpfändung vom Verpfänder ohne Wissen des Pfandgläubigers mit dem Nachbar über die Grenzen abgeschlossenes Pactum kein Abbruch geschehe; offenbar wieder aus dem Grunde, weil der Pfandgläubiger zur Durchführung der utilis actio finium regundorum die hypothekarische Formel verwendet, bei welcher es nur darauf ankommt, daß das verpfändete Grundstück zur Zeit der Verpfändung mit seinen ursprünglichen Grenzen in bonis des Verpfänders gewesen sei, um jede später vom Verpfänder ohne Zuthun des Pfandgläubigers bewilligte Veränderung der Grenzen dem Pfandgläubiger für unnachtheilig erachten zu müssen²⁹).

3. Die actio furti hat ein Jeder, cujus interfuit, non subripi. Deshalb kann sie der Pfandgläubiger aus einem dreifachen Standpunkte geltend machen; erstens als pfandrechtlicher Vertreter der verletzten Interessen des Verpfänders; zweitens selbständig wegen Verletzung seines eignen durch das pactum pignoris hypothecaeve begründeten jus in re; drittens endlich als Pfandrealscontractsverpflichteter wegen der ihm durch den Diebstahl unmöglich gemachten Restitution des Pfandes³⁰).

²⁴) l. 9 pr. §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2). — — ²⁵) l. 16 D. de exc. rei jud. (44. 2), cf. l. 9 §. 2 D. de liberal. caus. (40. 12). — — ²⁶) l. 6 §. 9, l. 7 §. 13 D. comm. div. (10. 3). — — ²⁷) C. §. 24. — — ²⁸) l. 21 D. quae in fraudem credit. (42. 8). — — ²⁹) C. §. 24. — — ³⁰) Haffner über culpa §. 91 übersieht den ersten dieser drei Gesichtspunkte und vermag

a. Als pfandrechtlicher Vertreter des Verpfänders gebraucht der Pfandgläubiger wieder die hypothekarische Formel, um die *furti actio* des Verpfänders auf das Doppelte, bezüglich Vierfache des Sachwerths, oder desjenigen Interesses, welches der Eigentümer am Diebstahl hat³¹⁾, mit einem auf den Zweck der Sicherung seiner Pfandforderung beschränkten Erfolge utiliter durchzusetzen, mag das Pfandrecht auf eine specielle oder eine generelle Verpfändung sich gründen und dem Pfandgläubiger culpa wegen des Diebstahls vorzuwerfen sein oder nicht³²⁾. Auch hier bezweckt die *pignoris persecutio* für den Gläubiger nicht Bereicherung, sondern bloß Erlangung von Pfandbesitz und Erzeugung einer hypothekarischen in rem *actio*³³⁾, so daß die eingeklagte Strafe in das Eigenthum des Verpfänders und nur in den Pfandbesitz des Pfandgläubigers übergeht, eben deshalb den Dieb von der *furti actio* des Verpfänders befreit, und den Gläubiger bis zum Betrage seiner Forderung zur Compensation berechtigt, wegen des Ueberschusses aber der *pignoratitia actio* des Verpfänders unterwirft³⁴⁾.

Verschieden von dieser mit der Aufhebung des Pfandrechts hinwegfallenden, aus dem Klagerrechte des Verpfänders entlehnten und deshalb gegen den Verpfänder selbst unstatthaften³⁵⁾ *utilis furti actio* im Gewande der hypothekarischen Formel, welche der Pfandgläubiger vorzüglich im Fall der Abwesenheit des Verpfänders zu gebrauchen pflegt³⁶⁾, ist

b. diejenige mehr auf den Fall der Anwesenheit des Verpfänders berechnete³⁷⁾ *furti actio*, welche der Pfandgläubiger selbständig wegen Beeinträchtigung seines eignen durch das Pfandpactum begründeten *jus in re* auf das Doppelte oder Vierfache desjenigen Interesses an-

deshalb die scheinbaren Widersprüche der Quellen nicht befriedigend zu lösen. — Mommsen's Erörterungen über die Regel: *commodum ejus esse debet, cujus periculum est* §. 90 ff. wirft sogar alle verschiedenen Gesichtspunkte durch einander. — — ³¹⁾ l. 80 §. 1 D. de furt. (47. 2). — — ³²⁾ l. 15 pr. D. de furt. (47. 2), l. 87 pr. D. eod. — cf. l. 80 §. 1 D. de furt. (47. 2). — cf. *§chol.* 23 zu Basil. LX, 12 c. 14 §. 7 (Heimb. V, p. 460 sq.), worin besonders die von Heimbach unübersetzt gelassenen Worte zu bemerken sind. — *§chol.* 2 zu Basil. LX, 12 c. 15 (Heimb. V, p. 465). — — ³³⁾ l. 17 D. de pign. et hyp. (20. 1). — *§.* 100 in Verbindung mit l. 28 D. de O. et A. (44. 7), f. *§.* 99. — — ³⁴⁾ l. 15 pr. D. de furt. (47. 2). — *§chol.* 2 zu Basil. LX, 12 c. 87 (Heimb. V, p. 534). — — ³⁵⁾ l. 87 D. de furt. (47. 2), *§chol.* 22 zu Basil. LX, 12 c. 14 §. 7 (Heimb. V, p. 460). — — ³⁶⁾ *§chol.* 2 zu Basil. LX, 12 c. 15 pr. (Heimb. V, p. 465). cf. *§chol.* 23 zu Basil. eod. c. 14 §. 7 (Heimb. V, p. 460 sq.). — — ³⁷⁾ *§chol.* 7 zu Basil. LX, 12 c. 46 §. 3—5 (Heimb. V, p. 490).

stellt, welches er an der unverletzten Sicherheit seiner Forderung hat³⁸⁾. Dieses Interesse setzt ebenfalls weder Besitz noch Detention beim Pfandgläubiger voraus³⁹⁾, kann aber niemals die Höhe der Pfandforderung übersteigen⁴⁰⁾, und ist genau genommen nur bei Zahlungsunfähigkeit des Pfandschuldners vorhanden, wird indeß, um die Strafe des verhassten Verbrechens zu erhöhen, von der überwiegenden Mehrzahl der römischen Juristen, namentlich von Julian, Papinian, Pomponius und Ulpian auch ohne jene Voraussetzung angenommen⁴¹⁾ und in Ermangelung eines anderen Maßstabes nach dem Betrage der Pfandforderung bemessen⁴²⁾. Daher ist die von diesem Gesichtspunkte aus angestellte *furti actio* des Pfandgläubigers der *furti actio* des Usufructuars und Usuars analog⁴³⁾ und von der *furti actio* des Verpfänders so unabhängig, daß sie nicht bloß gegen einen fremden Dieb, sondern auch gegen den Verpfänder selbst gerichtet werden kann⁴⁴⁾, und im ersten Falle mit der *actio furti* des Verpfänders concurrirt, indem der Verpfänder neben dem Pfandgläubiger das Doppelte oder Vierfache desjenigen Betrags einfordert, um welchen sein Interesse das Interesse des Pfandgläubigers überbietet⁴⁵⁾.

Die vom Pfandgläubiger als bloße Vervielfältigung seines Schadens eingeklagte Strafe geht in sein Eigenthum über, muß aber dessenungeachtet, soweit sie von einem fremden Diebe bezahlt ist, auf die Schuld des Verpfänders angerechnet oder nach anderweiter Tilgung der Pfandschuld dem dieserhalb zwar nicht zur *pignoratitia actio*, wohl aber zur *condictio sine causa* berechtigten⁴⁶⁾ Verpfän-

³⁸⁾ l. 80 §. 1 D. de furt. (47. 2). — Quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest. — l. 2 §. 22. §. 23 D. de vi bon. raptor. (47. 8), §. 2 J. de vi bon. raptor. (4. 2). — Schol. 3 zu Basil. LX. 12 c. 80 §. 1 (Heimb. V, p. 528). — ³⁹⁾ l. 19 §. 6, l. 66 D. de furt. (47. 2), l. 61 §. 8 D. eod. — ⁴⁰⁾ l. 14 §. 5—7 D. de furt. (47. 2). — ⁴¹⁾ l. 12 §. 2 D. de furt. (47. 2), §. 14 J. de oblig. quae ex del. (4. 1). — ⁴²⁾ l. 14 §. 5—7, l. 87 D. de furt. (47. 2). — ⁴³⁾ l. 46 §. 1—5 D. de furt. (47. 2), l. 15 §. 1, l. 20 §. 1 D. eod. — l. 35 D. de usurpat. (41. 3). — ⁴⁴⁾ l. 35 pr. D. de noxal. act. (9. 4), l. 3, l. 22 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 §. 2, l. 19 §. 6, l. 20 pr., l. 61 §. 8, l. 66, l. 87 in fin. D. de furt. (47. 2), l. 4 §. 21 D. de usurpat. (41. 3). — Gaj. III, 204. — §. 10. §. 14 J. de oblig. quae ex del. (4. 1). Theophil. h. l. — Paul. sent. rec. II, 31 §. 19. — ⁴⁵⁾ l. 12 §. 2, l. 46 §. 4. 5 D. de furt. (47. 2). — Schol. 3. 7 zu Basil. LX. 12 c. 46 §. 3. 5 (Heimb. V, p. 490). — ⁴⁶⁾ l. 4 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1), l. 24 pr. in fin. D. de pignor. act. (13. 7) . . si forte pignoratitia, vel ex alia causa cum eo agatur. — cf. l. 23 D. de reb. cred. (12. 1), l. 1 §. 3 D. de condict. sine causa (12. 7). — vel redivit ad non justam causam.

der restituirt werden⁴⁷⁾, weil das Gestohlene dem Vermögen des Verpfänders entzogen ist, dem das durch kein entsprechendes *periculum* des Pfandgläubigers aufgewogene Duplum oder Quadruplum ohne die Verpfändung zugesessen sein würde, mithin auch nach Aufhebung der Verpfändung zufließen muß, wenn sich der Pfandgläubiger nicht mit dem Schaden des Verpfänders bereichern soll. Nur die vom Verpfänder selbst gezahlte Diebstahlsstrafe braucht der Pfandgläubiger weder anzurechnen, noch zurückzugeben⁴⁸⁾, weil gezahlte Strafen überhaupt nicht zurückgefordert werden⁴⁹⁾.

Auf einen dem Pfandgläubiger zu machenden Vorwurf der culpa kommt es natürlich auch bei dieser Art von *furti actio* nicht an⁵⁰⁾, wohl aber darauf, daß das Pfandrecht noch nicht durch Zahlung der Schuld oder anderswie aufgehört habe, weil dem Gläubiger sonst jedes Interesse fehlen würde⁵¹⁾.

Die von diesem Standpunkte statthafte *furti actio* wird analog selbst demjenigen gegeben, der kein eigentliches Pfandrecht, sondern nur ein demselben ähnliches Retentionsrecht hat und dieses Retentionsrecht durch das *furtum* einbüßt⁵²⁾.

c. Auf dem dritten Standpunkte wird der Pfandgläubiger, welcher die *furti actio* anstellen will, im Gegensatz der unter a. und b. als erheblich hervortretenden Pfandberechtigung, in seiner durch den Pfandrealecontract übernommenen Verpflichtung ins Auge gefaßt.

Als Pfandrealecontractschuldner hat er nämlich gleich dem Miether, Commodatar, Mandatar u. s. w.⁵³⁾ *custodia* zu prästiren und wegen deren Verletzung dem Verpfänder Entschädigung zu leisten⁵⁴⁾, zugleich aber wegen des auf dieser Entschädigungspflicht beruhenden Interesse an dem Unterbleiben des Diebstahls gegen den fremden Dieb die *actio furti* auf das Doppelte oder Vierfache des

⁴⁷⁾ l. 22 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 14 § 6. 7 D. de furt. (47. 2). — — ⁴⁸⁾ l. 74 D. de solut. (46. 3), l. 22 pr. D. de pignor. act. (13. 7) und die in dieser Stelle citirte l. 79 D. de furt. (47. 2). — — ⁴⁹⁾ l. 42 D. de condit. ind. (12. 6), l. 46 D. de reg. jur. (50. 17), l. 3 §. 14 D. de tabul. exhib. (43. 5), l. 1 §. 2 D. ad leg. Jul. de ambit. (48. 14). — — ⁵⁰⁾ l. 12 §. 2 D. de furt. (47. 2), woselbst mit Hesse zu lesen ist: *et sic fit, ut non teneatur et furti agat*, v. h. und so geschieht es, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder nicht haftet und doch die *actio furti* anstellen kann, l. 22 pr. D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁵¹⁾ l. 14 §. 6. 1 D. de furt. (47. 2). — — ⁵²⁾ l. 14 §. 1, l. 15 §. 2, l. 59 D. de furt. (47. 2). — l. 20 §. 1, l. 53 §. 4 D. eod. — Gaj. III, 200. — — ⁵³⁾ l. 14 pr. §. 2. §. 10—12. §. 14—16, l. 78, l. 85 D. de furt. (47. 2). Gaj. III, 205. 206. §. 17. 18. J. de oblig. quae ex del. (4. 1). — — ⁵⁴⁾ l. 19 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 5, l. 8 C. de pignor. act. (4. 24), l. 13 §. 1 D. eod. (13. 7).

Sachwerths als derjenigen Entschädigung, welche er dem Verpfänder leisten muß⁵⁵⁾. Die Klage, welche dem entschädigungspflichtigen Pfandrealcontractschuldner gebührt, setzt voraus, daß durch Besitzübergabe ein Pfandrealcontract abgeschlossen, und der Pfandgläubiger aus dem Contracte ohne dolus entschädigungspflichtig geworden sei, fällt daher aus, wenn bloß ein Pfandpactum geschlossen ist — z. B. bei Generalverpfändung⁵⁶⁾ — oder wenn der Pfandgläubiger als Realcontractschuldner arglistig verfahren oder nicht einmal einer culpa sich schuldig gemacht hat⁵⁷⁾ oder seiner Entschädigungsverbindlichkeit wegen Unvermögens nicht genügen kann⁵⁸⁾ oder derselben aus dem Grunde enthoben ist, weil der Verpfänder selbst den Diebstahl begangen hat⁵⁹⁾; ist dagegen unabhängig von der Fortdauer der Pfandberechtigung, welche die von den beiden früheren Standpunkten zu erhebenden actiones furti bedingt⁶⁰⁾. Als Aequivalent einer entsprechenden Gefahr muß die eingeklagte Strafe Eigenthum des Pfandgläubigers werden, ohne den durch die Entschädigungsverbindlichkeit des Realcontractschuldners gedeckten Verpfänder zur Entreißung zu berechtigen⁶¹⁾.

4. Die Aquilische Klage ist dem Pfandgläubiger abermals von dem doppelten Standpunkte der pfandrechtlichen Vertretung des Pfandeigenthümers und des eignen durch das Pfandpactum begründeten jus in re gegeben, von dem dritten Standpunkte seiner obligatorischen Verpflichtung, custodia zu prästiren, aber aus dem in der Sache selbst liegenden Grunde versagt⁶²⁾, weil das damnum injuria datum regelmäßig als casus erscheint⁶³⁾, der dem Verpfänder vom Pfandrealcontractschuldner nicht ersetzt zu werden braucht⁶⁴⁾, mithin dem Letzteren keinen Schaden bringt.

⁵⁵⁾ l. 14 §. 6 fin. §. 14. 16 D. de furt. (47. 2), cf. §. 2 J. de vi bon. rapt. (4. 2), l. 2 §. 22. 24 D. vi bon. rapt. (47. 8). — — ⁵⁶⁾ Schol. 1. 2 zu Basil. LX, 12 c. 49 (Heimb. V, p. 494). — — ⁵⁷⁾ l. 14 §. 6 D. de furt. (47. 2). Auch l. 12 §. 2 D. eod. — — ⁵⁸⁾ l. 12 pr. D. de furt. (47. 2), §. 15. 16 J. de obl. quae ex del. (4. 1), cf. l. 22 pr. C. de furt. (6. 2). — — ⁵⁹⁾ l. 15 §. 2, l. 59 D. de furt. (47. 2). — — ⁶⁰⁾ l. 14 §. 6 D. de furt. (47. 2). — — ⁶¹⁾ l. 6 D. locati (19. 2), l. 21 D. de her. vel act. (18. 4), cf. l. 7 pr., l. 13 §. 1 D. commod. (13. 6), l. 22 §. 3 C. de furt. (6. 2) — ubi enim periculum, ibi et luerum collocetur. — Schol. 3 zu Basil. LX, 12 c. 15 pr. (Heimb. V, p. 465). — Nur in Betreff der von einem anderen Standpunkte aus angestellten actio furti heißt es in l. 22 pr. D. de pignor. act. (13. 7): Das Empfangene werde auf die Schuld abgerechnet, etiamsi culpa creditoris furtum factum est. Wie würde sonst die actio furti dem Gläubiger als Realcontractschuldner noch nach Tilgung der Pfandschuld gegeben sein können? l. 14 §. 6 D. de furt. (47. 2). — — ⁶²⁾ cf. l. 18 §. 5 D. de dolo mal. (4. 3). — — ⁶³⁾ l. 19 D. commod. (13. 6), l. 41 D. locati (19. 2), cf. l. 31 pr. D. de act. E. V. (19. 1). — — ⁶⁴⁾ §. 4 J. quib. mod. re obl. (3. 15), l. 19 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 6 C. de pignor. act. (4. 24), l. 18 pr. §. 1 D. commod. (13. 6).

Die beiden ersten Standpunkte sind in folgender Stelle erörtert:

Paulus lib. 22 ad Edictum⁶⁵⁾.

Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem — et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Wenn ein verpfändeter Sklav getödtet ist, so hat ohne Zweifel der Pfandschuldner als Eigenthümer die Aquilische Klage. Fraglich ist aber, ob sie als utilis auch dem Pfandgläubiger zu geben sei, weil er im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und im Fall des Erlöschens der persönlichen Schuldklage ein Interesse dabei haben kann. Die Antwort muß indeß bejahend lauten, obgleich es unbillig erscheinen könnte, daß der Schädiger nicht allein dem Eigenthümer, sondern auch dem Pfandgläubiger haften solle, wenn sich hierwider nicht sagen ließe, daß weder der Schädiger noch der Pfandschuldner als Eigenthümer dadurch Nachtheil erleiden werde, da der Pfandschuldner die dem Gläubiger als Schadensersatz zugesessene Summe auf den Betrag seiner Schuld anrechnen, den Ueberschuß aber entweder vom Pfandgläubiger zurückfordern, oder gleich von Anfang an mit eigener actio legis Aquiliae gegen den Schädiger einflagen kann, der Schädiger dagegen im letzten Falle an den Verpfänder und Pfandgläubiger gemeinschaftlich nicht mehr leistet, als er dem als Eigenthümer allein klagenden Verpfänder zu leisten gehabt hätte, und im ersten Falle durch die dem Pfandgläubiger geleistete Entschädigung auch vom Verpfänder frei wird.

Hiernach ist also im Allgemeinen bestimmt, daß dem Pfandgläubiger eine utilis Aquiliae actio zu gewähren sei, weil er ein Interesse haben könne, dem Pfandschuldner die Einflagung des Schadensersatzes nicht völlig zu überlassen. Sodann ist ihm zu dem Ende der doppelte Weg subjectiver und objectiver Klagerweiterung angewiesen,

⁶⁵⁾ l. 30 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2), cf. Sintonis Pandr. §. 594 f. — Stölzel im Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 50 ff.

mit dem Bemerken, daß beide Wege dem Schädiger sowohl als dem Pfandschuldner unnuachtheilig seien. Unverkennbar ist nämlich

a. die Anwendung der hypothekarischen Formel behuf subjectiver Erweiterung der Aquilischen Klage vorausgesetzt, wo Paulus der Möglichkeit gedenkt, daß der Pfandgläubiger unbekümmert um den geringeren Betrag seiner Pfandforderung den vollen Sachwerth oder das volle Interesse des Pfandeigenthümers einklage und auf diese Weise den Pfandschuldner von der Aquilischen Klage ausschliesse, der Pfandschuldner aber dessenungeachtet mit Hülfe der Compensation und der *pignoratitia actio* den vollen Genuß der vom Schädiger gezahlten Vergütung sich verschaffe; denn auf welche andere Weise sollte der Pfandgläubiger in die Lage versetzt worden sein, mehr, als den Betrag seiner Pfandforderung vom Schädiger als Ersatz erlangen zu können, und das Erlangte nicht bloß auf seine Pfandforderung abzurechnen, sondern auch dem Ueberschusse nach dem Pfandschuldner herauszugeben zu müssen? Alles folgt dagegen von selbst aus der Annahme: der Pfandgläubiger habe mittelst der hypothekarischen Formel das volle Interesse des Pfandschuldners eingeklagt, an dem Eingeklagten für sich nur Pfandbesitz, für den Pfandschuldner aber Eigenthum erworben, durch die hierin zugleich enthaltene Zufriedenstellung (*satisfactio*) des Pfandgläubigers und Bezahlung (*solutio*) des Pfandschuldners den Schädiger nach beiden Seiten befreiet und sich selbst dem Pfandschuldner zur Compensation der zutreffenden Summe und zur Restitution des Ueberschusses verpflichtet; als eignes Interesse also nur den für den Verlust des Pfandrechts an der Sache entschädigenden Wiedergewinn eines Pfandrechts am Geldwerthe verfolgt.

Dieser Annahme entspricht auch eine Basilikenscholie, welche dem Pfandgläubiger außer der in *factum* oder *utilis Aquiliae actio* im Sinne objectiver Erweiterung⁶⁶⁾ die *directe Aquiliae actio* verleihet, weil derselbe gewisser Maßen selbst Eigenthümer sei; denn die dem Pfandgläubiger als Quasieigenthümer, also zwar in subjectiver Erweiterung aus dem Rechte des Pfandeigenthümers, aber sonst direct, d. h. ohne objective Veränderung gegebene *Aquiliae actio* ist offenbar das durch die hypothekarische Formel den Sachwerth verfolgende Rechtsmittel, zumal dasselbe von der in *factum* oder *utilis Aquiliae actio* im Sinne objectiver Erweiterung sich dadurch unterscheiden soll, daß es nicht gleich dieser auch gegen den Pfandschuldner selber gerichtet werde, weil dieser mehr Recht, als der Pfandgläubiger am Pfandgegenstande habe, nämlich insofern, als der Pfandgläubiger sein Recht nur aus dem Rechte des Pfandschuldners ableiten kann⁶⁷⁾.

⁶⁶⁾ Schol. 1. 2 zu Basil. LX, 3 c. 17 (Heimb. V, p. 280) in Verbindung mit Schol. 26 zu Basil. LX, 3 c. 11 §. 6 (Heimb. V, p. 274 sq.). —

⁶⁷⁾ Schol. 4 zu Basil. LX, 3 c. 17 (Heimb. V, p. 280) zu den Worten: *et*

Für die von der Basilikenscholie so genannte *directa Aquiliae actio* des Pfandgläubigers wird auch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder das Erlöschen der persönlichen Schuldfrage nicht als Bedingung gedacht sein, da innere Gründe dafür nicht sprechen und Paulus im Eingange seines Bruchstücks absichtlich nur die Möglichkeit eines solchen Interesse herausgehoben zu haben scheint, um dem Mißverständniß allgemeiner Nothwendigkeit desselben zu begegnen. Die Nothwendigkeit dieses Interesse ist ausdrücklich bloß für diejenige *utilis Aquiliae actio* anerkannt, welche dem Pfandgläubiger

b. vom Standpunkte seines *jus in re* im Sinne objectiver Erweiterung gleich dem Nutznießer⁶⁸⁾ zustehen soll. Auf diese Klage geht nämlich Paulus über, wo er der Möglichkeit erwähnt, daß der Pfandschuldner als Pfandeigenthümer⁶⁹⁾ gleich von Anfang an neben dem Pfandgläubiger die Aquilische Klage auf dasjenige anstellen könne, um welches der Schadensersatz die Pfandschuld übersteige; denn daraus leitet er die Folge ab (*et ideo*), daß in den Fällen, in welchen dem Pfandgläubiger wegen Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners oder wegen Unbrauchbarkeit der persönlichen Schuldfrage die Aquilische Klage einzuräumen sei, dieselbe dem Gläubiger bis zum Verlaufe der Pfandschuld und dem Pfandschuldner auf den Ueberschuß zustehen, auch dem Letzteren das vom Pfandgläubiger Eingeklagte durch Abrechnung auf die Pfandschuld oder durch die nach anderweiter Tilgung der Pfandschuld dem Verpfänder zustehende *condictio sine causa*⁷⁰⁾ zu Gute kommen müsse.

Der Gegenstand dieser in *factum* oder *utilis Aquiliae actio* ist also das auf der Verletzung des *jus in re* beruhende Interesse des Pfandgläubigers, welches den Betrag der Pfandschuld niemals übersteigt und eine Klage des Pfandeigenthümers auf den Ueberschuß so wenig ausschließt, daß es vielmehr selbst ausgeschlossen wird, wenn die Sicherheit und Einbringlichkeit der Schuldforderung durch die Ver-

ὁ λαβὼν αὐτὸν εἰς ἐνέχυρον. Κατὰ μὲν γὰρ ἄλλον παντὸς κινεῖ τὸν δέρεκτον, ὡς τρόπον τινα καὶ αὐτὸς δεσπότης ὢν· κατὰ δὲ τοῦ δεσπότου οὐ δύναται τοῦτο ποιεῖν, ὡς αὐτοῦ πλεῖον τι δίκαιον ἐπὶ τῷ πράγματι ἔχοντος αὐτῷ. — *et is, qui eum pignori accepit. Nam adversus alium quemlibet agit directa, quod sit quodammodo dominus: non autem adversus dominum, quoniam hic plus juris in ea re habet.* — ⁶⁸⁾ l. 11 §. 10, l. 12 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 17 §. 3 D. de usufr. (7. 1), l. 13 pr. D. quod vi aut cl. (43. 24), l. 7 §. 4 D. de dolo malo (4. 3), cf. l. 27 §. 32 D. ad leg. Aquil. (9. 2). — *Ἐφολ.* 26. 32. 33 zu Basil. LX, 3 c. 11 (Heimb. V, p. 274 sq.), *Ἐφολ.* 40 zu Basil. XVI, 1 c. 17 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 73). — ⁶⁹⁾ *Ἐφολ.* 3 zu Basil. LX, 3 c. 30 (Heimb. V, p. 302). — ⁷⁰⁾ *Ἐ. Ἐ.* 169 not. 46.

schädigung des Pfandes keinen Abbruch erlitten hat⁷¹⁾. Erst wenn der Pfandschuldner außer dem Pfande keine zureichenden Zahlungsmittel darzubieten oder der Pfandgläubiger außer der Pfandklage keinen anderen gleich erfolgreichen Weg zur Befriedigung einzuschlagen vermag, weil z. B. nach älterem Rechte der Proceß verjährt⁷²⁾, nach neuerem Rechte die persönliche Schuldklage durch Zeitablauf erloschen ist⁷³⁾, wird dem Pfandgläubiger der Nachweis eines durch die Beschädigung des Pfandes erlittenen Schadens möglich, der nicht immer den Betrag der Pfandforderung zu erreichen braucht⁷⁴⁾, sondern hier, wie überall, nach den individuellen Umständen bemessen wird⁷⁵⁾.

Die *actio legis Aquiliae*, als eine im Wesentlichen reipersecutorische Klage, weicht also darin von der *actio furti*, als einer reinen Strafklage, ab, daß man bei der Berechnung des Interesse dort nicht, wie hier⁷⁶⁾, aus Haß gegen das Verbrechen von dem Erforderniß der Zahlungsunfähigkeit des Pfandschuldners absehen zu dürfen geglaubt hat.

Analog dem Verhältniß des der persönlichen Klage beraubten Pfandgläubigers ist das Verhältniß des bon. fid. possessor bei Verwendungen, deren Ersatz er nur durch das Retentionsrecht zu erzwingen vermag. Dem bon. fid. possessor ist daher, wie dem Pfandgläubiger eine in factum *actio legis Aquiliae* gegen den Eigenthümer verliehen, der seinen vom bon. fid. possessor besessenen Sklaven tödtet, indem hier, wie in anderen ähnlichen Beziehungen das Retentionsrecht als ein quasi pignus behandelt wird⁷⁷⁾. Ulpian sagt in dieser Hinsicht⁷⁸⁾:

Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori et ei, qui pignus accepit, in factum actione (sc. *Aquiliae*)⁷⁹⁾ tenebitur.

So oft der beschädigende Eigenthümer zugleich Retentions- oder Pfandschuldner ist, stehen sich der Retentionsgläubiger und der Pfandgläubiger insofern gleich, als auch beim Pfandgläubiger das Interesse an der Aquilischen Klage nur auf der Klaglosigkeit der Schuldfor-

⁷¹⁾ *Ἐ*schol. 5. 6 zu Basil. LX, 3 c. 30 (Heimb. V, p. 303). — — ⁷²⁾ Gaj. IV, 104. 105. — 1. 3 §. 1 D. quae in fraud. cred. (42. 8), 1. 2 D. de div. temp. praeser. (44. 3). — — ⁷³⁾ *Ἐ*schol. 6. 8 zu Basil. LX, 3 c. 30 (Heimb. V, p. 303), Basil. XXV, 2 c. 27 (Heimb. III, p. 71). — — ⁷⁴⁾ cf. Basil. LX, 3 c. 30 §. 1 (Heimb. V, p. 302). μέχρι τοῦ χρέους ὁ δανιστῆς ἔχει τὸν Ἀζονύλιον — ad modum debiti creditor habet Aquiliam. — — ⁷⁵⁾ 1. 11 §. 8 D. ad leg. Aquil. (9. 2). — — ⁷⁶⁾ 1. 12 §. 2 D. de furt. (47. 2). *Ἐ*. *Ἐ*. 169 not. 41. — — ⁷⁷⁾ *Ἐ*. *Ἐ*. 170 not. 52. — — ⁷⁸⁾ 1. 17 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 4). — Eine etwas andere Erklärung giebt *Ἰ*abai im *Ἀ*rch. f. civ. Pr. Vb. 26 *Ἐ*. 219 ff. — cf. 1. 20 §. 1, 1. 53 §. 4 D. de furt. (47. 2). — — ⁷⁹⁾ *Ἐ*schol. 1. 2. zu Basil. LX, 3 c. 17 (Heimb. V, p. 280).

rung beruhen kann, nicht auf der Zahlungsunfähigkeit des als Schädiger und als Pfandschuldner gleich vermögenden oder gleich unvermögenden Eigenthümers. Nichts als diese in der Natur des Verhältnisses liegende Beschränkung ist es, welche Marcellus in Betreff des Pfandgläubigers in folgenden Worten hervorhebt⁸⁰⁾:

Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit; et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus, nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Ulpianus notat, si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur: si merentem, non tenebitur.

Der Pfandschuldner hat den verpfändeten Sklaven ohne genügenden Grund gefesselt und dadurch so im Werthe verringert, daß ihn der Gläubiger unter dem Betrage seiner Forderung verkaufen muß und nicht voll befriedigt wird⁸¹⁾. Marcellus fingirt nun, daß der Pfandgläubiger durch Proceßfehler (causa cadere)⁸²⁾ oder Zeitablauf die persönliche Schuldfolge verloren habe; eine Sachlage, die seines Erachtens der Prätor zur Ertheilung einer utilis actio behuf Bestrafung des Schädigers und Aufhülfe des Beschädigten angemessen finden werde. Da nämlich die Schuldfolge ihren Dienst versagt, um das Fehlende vom Schuldner zu erlangen, so fragt Marcellus, ob dem Gläubiger eine andere Klage gegen den Eigenthümer zu geben sei, und bejahet diese Frage, indem er weiter fragt, wie es zu halten sei, wenn der Eigenthümer den Sklaven getödtet oder an einem Auge geblendet habe? Hinsichtlich dieser Frage aber antwortet: im Fall der Tödtung sei der Eigenthümer der actio ad exhibendum unterworfen⁸³⁾, im Fall der Blendung der — gewiß auch im Fall der Tödtung concurrirenden⁸⁴⁾ — quasi damni injuria dati oder utilis Aequi-

⁸⁰⁾ l. 27 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. Fein im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 191 ff. — Nur scheinbar widersprechend ist l. 13 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. S. 109 not. 126. — ⁸¹⁾ Ueber die Folgen des Fessels f. Gluck Bd. 14 S. 138 ff. — Zimmern Rechtsgef. Bd. 1 S. 762 Nr. 1. — ⁸²⁾ cf. Fein a. a. O. S. 194. — Keller Proc. S. 47. S. 178. — ⁸³⁾ l. 9 pr. D. ad exhib. (10. 4), l. 5 C. eod. (3. 42). — ⁸⁴⁾ Basil. XXV, 2 c. 27 (Heimb. III, p. 71).

liae actio auf so viel, als der Pfandgläubiger ein Interesse habe, daß sein Pfandrecht (*persecutio pignoris*) durch Verletzung oder Fesselung des Sklaven nicht im Erfolge vereitelt worden sei; vorausgesetzt natürlich, daß dem Pfandeigenthümer ein *damnum injuria datum*, ein *dolus* oder eine *culpa* bei der Beschädigung zur Last gelegt werden könne, z. B. daß er ohne hinreichende Veranlassung (*ex levissima offenssa*), oder gar bloß, um dem Pfandgläubiger zu schaden (*ut creditori noceret*), nicht aber, um den Sklaven wegen Vergehen gerechter Ahndung zu unterwerfen⁸⁵), Fesselung angewandt habe.

Wenn irgendwo, so ist hier das Wesen der dem Pfandgläubiger vom zweiten Standpunkte aus gegebenen Schadensersatzklage scharf gezeichnet. Wegen *damnum injuria datum* soll der Pfandgläubiger gegen den Pfandschuldner und Pfandeigenthümer den auf Beeinträchtigung seines Pfandrechts beruhenden Schaden einfordern dürfen, wie der Pfandschuldner und Pfandeigenthümer umgekehrt gegen den Pfandgläubiger den durch Beeinträchtigung seines Eigenthums verursachten Schaden geltend zu machen befugt ist⁸⁶). Die Schärfe dieses Gesichtspunkts stellt aber auch den Gegensatz der vom ersten Standorte in pfandrechtlicher Vertretung des Pfandeigenthümers durchzuführenden *Aquilae actio* in helleres Licht, so daß an deren ganz verschiedenem Wesen nicht füglich gezweifelt werden darf.

5. Die *condictio furtiva* bietet ebenfalls Spuren, wonach sie vom bestohlenen Pfandgläubiger sowohl aus dem Standpunkte pfandrechtlicher Vertretung des Eigenthümers, als aus dem Standpunkte verletzter Forderungssicherheit angestellt werden kann.

Vom letzten Standpunkte aus wird sie diejenige *condictio incerti*⁸⁷), welche den Betrag der pfandrechtlich gesicherten Forderung nicht zu überschreiten, wohl aber auch den Verpfänder selbst zu ergreifen vermag⁸⁸), jedoch gegen den Dritten das Interesse anders berechnet, als gegen den Verpfänder, indem dort ohne Weiteres der Betrag der Forderung oder der mindere Werth der gestohlenen Sache,

⁸⁵) 1. 24 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7) — si pro maleficiis suis coereuit, vel vinxit (sc. creditor). — — ⁸⁶) 1. 18 D. ad leg. Aquil. (9. 4), 1. 18 §. 1 commod. (13. 6). — — ⁸⁷) 1. 12 §. 2 D. de condict. furt. (13. 1), 1. 22 pr. D. de pignor. act. (13. 7) [daß in der letzten Stelle von der *condictio furtiva* die Rede ist, zeigen die Basil. XXV, 1 c. 22 mit Schol. 1 (Heimb. III, p. 61)]. — Vergl. Schol. 1 Abs. 2, Schol. 2 Abs. 2. 3 zu Basil. LX, 10 cap. 1 (Heimb. V, p. 424 sq.). — Vergl. ferner 1. 22 §. 1, 1. 40 §. 1 D. de condict. indeb. (12. 6). — — ⁸⁸) Schol. 6. 7 zu Basil. LX, 10 c. 12 §. 2 (Heimb. V, p. 439).

hier bloß die Differenz, um welche die der pfandrechtlichen Sicherheit nicht beraubte Forderung höher, als die derselben beraubte sich verkaufen läßt⁸⁹⁾, zu Grunde gelegt und eben deshalb das Empfangene auf die Forderung hier nicht abgerechnet, dort hingegen abgerechnet oder nach anderweiter Tilgung der Pfandschuld der sine causa condictio des Verpfänders unterworfen wird⁹⁰⁾.

Vom ersten Standpunkte ist die *furtiva condictio* des Pfandgläubigers gleich der ihr zu Grunde liegenden *condictio* des Eigenthümers⁹¹⁾ eine *condictio de certa re*, welche nach der Mittheilung eines alten Basilikenscholiasten vom Pfandgläubiger in Abwesenheit des Verpfänders angestellt und auch bei geringerer Höhe der Forderung auf den ganzen Werth der verpfändeten Sache gerichtet wird⁹²⁾, ebendaher aber nach dem Zeugniß von Paulus, selbst wenn sie vom Chemanne als Pfandgläubiger wegen des ihm von seiner Frau gestohlenen Pfandes in der schonenderen Form der *actio rerum amotarum*⁹³⁾ gegen die Frau erhoben wird, die dem Verpfänder gleichfalls zustehende *condictio furtiva de certa re* ausschließt⁹⁴⁾.

6. Die *actio vi bonorum raptorum* geht auf Schadenserzatz und Strafe⁹⁵⁾, vereinigt also die Natur der *condictio furtiva* und der *furti actio* in sich, und kann nach bestimmten Quellenzeugnissen vom Pfandgläubiger sowohl aus dem Standpunkte verletzter Forderungssicherheit⁹⁶⁾, als aus dem Standpunkte vereitelter Erfüllungsmöglichkeit der durch den Pfandrealecontract übernommenen Pfandrückgabeverpflichtung angestellt werden⁹⁷⁾. Daß dem Pfandgläubiger Vertretung des Verpfänders mittelst der hypothekarischen Formel durchzuführen, ist zwar nirgends geradezu gesagt, folgt aber aus den Worten Ulpian's⁹⁸⁾: *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis*

⁸⁹⁾ cf. l. 82 D. ad leg. Falcid. (35. 2). — — ⁹⁰⁾ l. 22 pr. D. de pign. act. (13. 7) in Verbindung mit l. 22 §. 1 D. eod. und l. 14 §. 10 D. quod met. c. (4. 2), sowie mit §. 169 not. 46. — cf. Glueck Bd. 14 S. 149 ff. — Vachse's Pfandr. Th. I, S. 614 ff. — — ⁹¹⁾ Schol. 1 Abs. 2, Schol. 2 Abs. 2 zu Basil. LX, 10 c. 1 (Heimb. V, p. 424 sq.), Schol. 7 zu Basil. LX, 10 c. 12 §. 2 (Heimb. V, p. 439). — — ⁹²⁾ Schol. 7 zu Basil. LX, 10 c. 12 §. 2 (Heimb. V, p. 439), Schol. 3 zu Basil. XXVIII, 11 c. 17 §. 2 (Heimb. III, p. 306). — — ⁹³⁾ cf. l. 26 D. de act. rer. amot. (25. 2). Gaj. Rerum amotarum actio condictio est. — l. 2 C. eod. (5. 21). — — ⁹⁴⁾ l. 17 §. 3, l. 18 D. de act. rer. amot. (25. 2), cf. Schol. 3 zu Basil. XXVIII, 11 c. 17 §. 2 (Heimb. III, p. 306), Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 11 c. 17 §. 1 (Heimb. III, p. 305). — — ⁹⁵⁾ l. 14 §. 10 D. quod met. c. (4. 2). — — ⁹⁶⁾ l. 22 §. 1 D. de pign. act. (13. 7). — — ⁹⁷⁾ l. 2 §. 22. 23. 24 D. vi bon. rapt. (47. 8), §. 2 J. eod. (4. 2). — — ⁹⁸⁾ l. 2 §. 23 D. vi bon. rapt. (47. 8).

furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem (sc. vi bonor. raptor.).

Vom Standpunkte verletzter Forderungssicherheit kann die actio vi bon. raptor. auch gegen den Verpfänder selbst gerichtet werden, und zwar ebenfalls mit dem Erfolge, daß vom Pfandgläubiger weder die in dem quadruplum enthaltene Strafe, noch der darin enthaltene Schadenersatz dem Verpfänder zu restituiren oder auf die Pfandschuld abzurechnen ist⁹⁹⁾.

7. Endlich hat der Pfandgläubiger vom Standpunkte der pfandrechtlichen Vertretung des Verpfänders die operis novi nunciatio, weil und sofern er von demselben Standpunkte die confessoria actio hat¹⁰⁰⁾. Würde doch sogar der Nutznießer in nutznießerlicher Vertretung des Eigenthümers nach Julian's Meinung die negatoria actio und insofern auch die operis novi nunciatio haben¹⁰¹⁾, wenn ihm nicht durch die von den Compilatoren gebilligte Ansicht anderer Juristen das Recht zu nutznießerlicher Vertretung des Eigenthümers in Betreff der negatoria actio abgesprochen¹⁰²⁾ und eben deshalb bloß procuratorische Vertretung des Eigenthümers bei der operis novi nunciatio verstattet wäre¹⁰³⁾.

Dagegen scheint dem Pfandgläubiger der Antrag auf cautio damni infecti nur entweder vom Standpunkte verletzter Forderungssicherheit wegen seines jus in re¹⁰⁴⁾, oder vom Standpunkte der ihn als Pfandrealscontractschuldner wegen Prästation der custodia treffenden Gefahr¹⁰⁵⁾ gegeben, vom Standpunkte pfandrechtlicher Vertretung des Verpfänders aber mannigfacher Zweifel ungeachtet versagt worden zu sein, obgleich die umgekehrte Frage, ob der Pfandgläubiger seinerseits als pfandrechtlicher Vertreter des Verpfänders, mithin — quia dominus non est — durch satisfactio, oder als Inhaber eines jus in re, mithin — quia suum jus tuetur — durch einfache repromissio de damno infecto zu caviren habe¹⁰⁶⁾, zu Gunsten des ersten Standpunkts entschieden worden ist¹⁰⁷⁾.

⁹⁹⁾ l. 22 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7). — — ¹⁰⁰⁾ l. 9 D. de oper. nov. nunc. (39. 1), cf. l. 16 D. de servit. (8. 1), l. 1 §. 5 D. de remiss. (43. 25). — — ¹⁰¹⁾ l. 1 §. 4 D. de remiss. (43. 25), l. 2 D. de oper. nov. nunc. (39. 1). — — ¹⁰²⁾ arg. l. 1 pr., l. 5 §. 1 D. si usufr. petet. (8. 6). — — ¹⁰³⁾ l. 1 §. 20 D. de oper. nov. nunc. (39. 1). — — ¹⁰⁴⁾ l. 19 pr. D. de damn. inf. (39. 2), l. 11 fin. D. eod., cf. l. 5 §. 2, l. 39 §. 2 D. eod., auch l. 27 D. eod. — — ¹⁰⁵⁾ l. 18 pr. §. 8. 9, l. 38 pr. D. de damn. inf. (39. 2). — — ¹⁰⁶⁾ l. 11 D. damn. inf. (39. 2). . . Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pignoratitio damni infecti cavendi debeat. cf. l. 7 pr., l. 9 §. 4. 5, l. 13 pr. §. 1, l. 15 §. 2 fin. §. 6. 9, l. 30 §. 1 D. eod., l. 1 §. 7 D. de stipul. praetor. (46. 5). — — ¹⁰⁷⁾ l. 15 §. 25 D. de damno inf. (39. 2), cf. l. 30 §. 1 D. eod. — cf. Hesse Rechtsverhältn. d. Grundstücksnachbarn Th. I, §. 103.

Fassen wir nun die für uns wichtigsten Ergebnisse der vorstehenden Ausführung kurz zusammen, so bestehen dieselben darin: der Sachpfandgläubiger macht nicht auf Grund eines wirklichen oder fingirten *mandatum agendi*, sondern unter anderen Voraussetzungen und mit anderer Wirkung unmittelbar auf Grund der Verpfändung mittelst der hypothekarischen Formel die direct dem Verpfänder zustehenden *actiones confessoriae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, *furti*, *legis Aquiliae*, *condictio furtiva*, *actio vi bonorum raptorum* und die *operis novi nunciatio* utiliter geltend, obwohl er die meisten dieser Klagen und Rechtsmittel — wenn gleich mit verschiedenem Erfolge — auch vom Standpunkte verletzter Forderungssicherheit und theilweise sogar vom Standpunkte der ihn als Pfandrealcontractsverpflichteten treffenden Verantwortung durchzuführen im Stande ist. Von den auf einem wirklichen oder fingirten *mandatum agendi* beruhenden Klagen weichen die mittelst der hypothekarischen Formel aus dem Rechte des Verpfänders zu verfolgenden Klagen namentlich darin ab, daß sie dem Kläger an dem Eingeklagten bloß Pfandrecht verschaffen, auch aufhören, sobald das zu Grunde liegende Pfandrecht durch Zahlung, Zufriedenstellung und selbstverschuldete Nichtzahlung oder Nichtbefriedigung aufgehoben wird, und daß mit ihrem Aufhören die concurrirenden Klagen des Verpfänders ohne Weiteres wieder frei verfolgbar werden.

B. Unanwendbarkeit des *mandatum agendi in rem suam* bei Forderungsübertragungen zu Nießbrauch ¹⁾.

§. 17. Der Forderungsnießbrauch gleicht darin dem Forderungspfandrechte, daß die Regel zur Anwendung kommt: *Nominis appellatione rem (debitam) significari* ²⁾. Wiefern aber mit dem *nomen* zugleich die *res debita* dem Nießbrauche unterworfen werden ³⁾, sofern muß der Forderungsnießbrauch, je nach der verschiedenen Natur der *res debi-*

¹⁾ Literatur: Glück Bd. 9 S. 404 ff. — Mühlenthal Cession S. 496 ff. — Hoffmann Lehre von den Servituten Bd. 1 S. 176. — Steinberger in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11 S. 149 ff. — Olvers Servitutenlehre S. 396 ff. — Dunder in Zeitschr. f. prakt. Rechtsw. Bd. 6 S. 97 ff. — ²⁾ l. 4 D. de V. S. (50. 16). — ³⁾ l. 43 D. de usufr. leg. (33. 2) — *bonorum — rerum partis usumfructum — aes alienum de bonis deducitur. — quod in actionibus est computabitur.* — l. 69 D. ad leg. Falc. (35. 2) . . *aes alienum ex omnibus rebus deducendum est, quoniam post Sct. nulla res est, quae non cadit in usumfructus legatum.* — cf. l. 1 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), pr. J. de acquis. per adrog. (3. 11). Theophil. h. l.

tae bald eigentlicher *ususfructus*⁴⁾, bald uneigentlicher oder quasi *ususfructus* sein⁵⁾, nämlich eigentlicher zur gewöhnlichen usufructuarischen Cautio aus dem Edict verpflichtender *ususfructus nominis*, wenn solche Sachen geschuldet werden, welche, falls sie nicht bloß in obligatione, sondern in dominio des Proprietars wären, taugliche Gegenstände des eigentlichen Sachnießbrauchs sein würden; dagegen uneigentlicher zur quasiusufructuarischen Cautio aus dem *Senatusconsulte*⁶⁾ verbindender *ususfructus nominis*, so oft die *res debita*e, wenn sie nicht bloß in obligatione, sondern in dominio des Quasiproprietars ständen, nur des Quasifachnießbrauchs fähig sein würden. Denn durch die Zahlung des Schuldners verwandelt sich nothwendig der eigentliche *ususfructus nominis* in einen eigentlichen *ususfructus* am gezahlten corpus, und der uneigentliche oder quasi*ususfructus nominis* in einen uneigentlichen oder quasi*ususfructus* an der gezahlten quantitas, und diese Verwandlung, als letzter Zweck des *ususfructus nominis*, muß auf die Natur des letzteren in der angegebenen Weise bestimmend einwirken. Was nun

1. den quasi*ususfructus* betrifft, so muß das nomen, welches Gegenstand desselben ist, nicht bloß in den Nießbrauch, sondern in das Eigenthum des Quasiusufructuars übergehen, soll anders der Quasiusufructuar durch dessen Realisirung für sich Eigenthum an den *res debita*e erwerben und demgemäß die in dem *Senatusconsulte* für den Quasi*ususfructus* eingeführte Cautio dahin zu leisten haben, daß er nach dem Tode oder Statusverluste nicht etwa dasselbe nomen oder die Gegenstände des nomen in specie, sondern gleichviel Gegenstände derselben Art und Güte oder eine bestimmte durch Schätzung ermittelte Summe dem Quasiproprietar restituiren werde⁷⁾. Der Quasiproprietar hat also nicht neben der Klage des Quasiusufructuars selbst noch ein nur zeitweilig durch Denuntiation zu hemmendes und mit dem Erlöschen des Quasi*ususfructus* ohne Weiteres wieder in volle Wirksamkeit tretendes Klagerecht gegen den Schuldner, sondern bedarf der Rückübertragung⁸⁾ oder wenigstens der zu Gunsten sei-

⁴⁾ l. 1 D. de usu et usufr. leg. (33. 2) in Verbindung mit l. 49 D. de V.S. (50. 16), l. 69 D. ad leg. Falc. (35. 2). — ⁵⁾ l. 3, l. 4 D. de usufr. ear. rer. (7. 5), l. 37 D. de usu et usufr. leg. (33. 2) — calendarii usufructus. — l. 43 D. eod. — quod in actionibus est, computabitur. —

⁶⁾ l. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. (33. 2), l. 1 C. de usufr. (3. 33), l. 4 D. de usufr. ear. rer. (7. 5) in Verbindung mit l. 9, l. 10 pr. D. de usufr. ear. rer. (7. 5), l. 7 §. 1 D. usufr. quemadm. cav. (7. 9). — Ueber d. Alter dieser Cautio s. §. 46. — ⁷⁾ l. 9, l. 10 pr. D. de usufr. ear. rer. (7. 5), l. 7 §. 1 D. usufr. quemadm. cav. (7. 9). — ⁸⁾ l. 28 D. de procur. (3. 3) . . in eam rem procurator factus. S. §. 46.

ner unwirksamen *directa actio* geschehenen Aufhebung des auf den *Quasiusufructuar* und dessen Erben übergegangenen Forderungseigenthums ^{8a)}, um aufs Neue Klagerechte gegen den Schuldner zu gewinnen. Auf den *quasiusufructus nominis* ist daher das *mandatum agendi in rem suam* vollkommen anwendbar und ohne Zweifel auch wirklich angewandt worden; denn wenn gleich *Nerva* den *quasiusufructus nominis* nur insofern für möglich hielt, als derselbe dem Schuldner selbst ertheilt ist, und mittelst der Annahme, die schuldigen Gelder seien erst bezahlt und dann dem Schuldner als *Quasiusufructuar* zurückbezahlt worden ⁹⁾, wie ein *quasiusufructus pecuniae* aufgefaßt werden kann: so gestattete doch schon *Cassius* und *Proculus* einen *quasiusufructus nominis* auch in der Art, daß der *Quasiusufructuar* nicht der Schuldner selbst zu sein braucht ¹⁰⁾. Eine solche Art des *quasiusufructus nominis* aber ist ohne Uebergang des Forderungseigenthums, und der Uebergang des Forderungseigenthums wieder ohne wirkliches oder fingirtes *mandatum agendi in rem suam* undenkbar ¹¹⁾.

Anders verhält es sich

2. mit dem eigentlichen *usufructus nominis*. Neben diesem muß das Eigenthum des *Proprietars* am *nomen* fortbauern, weshalb die Klage des *Usufructuars* gegen den Schuldner nach Analogie der Klage aus dem *pignus nominis* ¹²⁾ nur eine auf Grund des durch letztwillige Anordnung oder Vertrag und *Stipulation* ins Dasein gerufenen Nießbrauchs aus dem Rechte des *Proprietars* für die Nießbrauchzwecke des *Usufructuars* zu verfolgende *utilis actio* sein kann, ähnlich derjenigen *utilis actio*, durch welche der *Nußnießer* eines Grundstücks nach der freilich im Allgemeinen nicht gebilligten Ansicht *Julian's* die dem Grundstück zustehenden *Servitutrechte* soll vindiciren dürfen ¹³⁾. Ohne eine Formel der Art würde weder der Beklagte, noch der *iudex* zu erkennen vermocht haben, daß der Kläger nicht als *dominus*, sondern als *usufructuarius actionis* klage; daß er mithin nicht über den Tod und die *capitis deminutio* hinaus Anspruch erhebe; daß er juristischen Besitz und Eigenthum am schuldigen Gegenstande für den Forderungsproprietar, dagegen für sich bloß *Detention* und Nießbrauch zu erwerben beabsichtige; daß auch neben dem Forderungusufructuar noch der Forderungsproprietar Klagerechte gegen den Schuldner habe, welche zwar durch *Denunciation* des *Usufructuars*

^{8a)} *§. I. II, Abth. 2, Kap. 2.* — — ⁹⁾ *l. 15 D. de reb. cred. (12. 1), l. 43 §. 1 D. de jure dot. (23. 3).* — cf. *Steinberger a. a. D. §. 168.* — ¹⁰⁾ *l. 3, l. 4 D. de usufr. ear. rer. (7. 5).* — — ¹¹⁾ *Vergl. übrigens §. 22.* — — ¹²⁾ *§. 114 f.* — — ¹³⁾ *l. un. §. 4 D. de remiss. (43. 25), l. 2 D. de op. nov. nunc. (39. 1), vielleicht auch l. 21 D. quemadm. servitt. amitt. (8. 6).*

zeitweilig gehemmt werden können, jedoch mit dem Erlöschen des Nießbrauchs ohne Weiteres zu unbeschränkter Wirksamkeit zurückgelangen.

Entschieden muß demnach beim eigentlichen *ususfructus nominis* im Gegensatz des uneigentlichen *ususfructus nominis* aus denselben Gründen, wie beim *pignus nominis* die Zurückführung des Klagerechts auf ein *mandatum agendi in rem suam* bestritten werden.

Zweite Abtheilung.

Die fingirte Cession.

Erstes Kapitel.

Dasein dieser Fiction.

Obgleich es durchgreifende Regel des römischen Rechts ist: *sine § 18. mandato exigi pecunia alieno nomine non potest*¹⁾, so ist es doch anders, wenn es sich um die *utiliter suo nomine* zu betreibende Einziehung einer ursprünglich fremden Forderung handelt. So gewiß die *directa actio alieno nomine* ohne wirkliches Mandat unter allen Umständen versagt bleibt²⁾, ebenso gewiß wird in manchen Fällen ohne wirkliches *mandatum agendi* eine *utilis actio suo nomine* gestattet, als ob ein *mandatum agendi* ertheilt worden wäre. Der von Windscheid³⁾ vergeblich in Abrede gestellte Gebrauch dieser Fiction, welcher geschichtlich seine Erklärung in dem Umstande findet, daß das durch kaiserliche Rescripte befestigte prätorische Recht die *utilis actio suo nomine* zuerst nur dem wirklichen *procurator in rem suam* gegeben hatte⁴⁾, läßt sich bestimmt nachweisen, wenn man bei Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher die Basiliken zu Hülfe nimmt.

¹⁾ l. 5 §. 4 D. praeser. verb. (19. 5), cf. l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7. 6) . . de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. — —

²⁾ l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 18 C. de legat. (6. 37). C. §. 21. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ³⁾ Die *actio des röm. Rechts* C. 196 ff. — — ⁴⁾ C. C. 15 ff.

Zunächst sagt eine alte Basilikenscholie von dem für den Mitvormund verurtheilten Vormunde, welcher entweder die Cession der tutelae actio gegen den Mitvormund fordern oder ohne Cession utili actione suo nomine klagen kann⁵⁾, zu den Textworten der Basiliken: ἤτοι δύναται καὶ χωρὶς ἐκχωρήσεως τὴν ὠρεσμένην κινῆσαι⁶⁾.

Τοῦτέστιν, ἵνα κατὰ μίμησιν τῶν ἐν ῥέμ σούαμ προκουρατώρων οὐτιλίαν κινήσῃ, ὥς δοξάσης γηγυρόνεται τῆς ἐκχωρήσεως, καὶ μὴ γέγονεν.

Die utilis actio soll angestellt werden nach dem Beispiele der procuratores in rem suam, als ob eine Cession erfolgt wäre, wenn sie gleich nicht erfolgt ist.

Sodann wird der Inhalt eines Rescripts, wonach der Verkauf einer Pfandforderung dem Käufer nicht das Eigenthum der verpfändeten Gegenstände, sondern ohne Cession eine utilis exemplo creditoris persecutio verleiht⁷⁾, in den Basiliken oder vielmehr in dem allein erhaltenen Auszuge des Tipucitus (τί ποῦ κεῖται) so übersetzt⁸⁾:

Καὶ περὶ τοῦ γραμματεῖον ἀγοράσαντος, πῶς δεσπότης μὲν οὐ γίνεται τῶν ἐν τῷ γραμματείῳ ὑποτεθέντων πραγμάτων, ἀλλὰ δίδεται αὐτῷ ἀπαίτησις, ὥς ἐν πράγματι ἰδίῳ φροντιστῇ.

Die dem Käufer ohne Cession gebührende utilis exemplo creditoris persecutio oder utilis hypothecaria actio suo nomine soll ihm verliehen werden gleichwie einem procurator in rem suam, d. h. gleichsam als ob er zum procurator in rem suam bestellt worden wäre.

Endlich heißt es bei Ulpian von demjenigen, welcher die ihm vermachte Sache, ohne dazu den Erben gegenüber verbindlich zu sein, von den darauf haftenden Pfandrechten durch Zahlung befreiet⁹⁾:

poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecariam secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur: quod, quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Prae-sidis provinciae id ei praestabitur.

⁵⁾ l. 2 C. de contrar. jud. tut. (5. 58). C. §. 37. — ⁶⁾ Schol. 2 zu Basil. XXXVIII, 18 c. 2 (Heimb. III, p. 785). — Vel etiam sine cessione utili actione experiri posse: Hoc est, ut ad exemplum procuratorum in rem suam utili agat, quasi videatur facta esse cessione, licet facta non sit. — ⁷⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). C. §. 24. — ⁸⁾ Basil. XIX, 4 c. 31 (Heimb. II, p. 277). — Et de nominis emtore, quomodo dominus quidem rerum in cautione obligatarum non fiat, sed actio ei detur tanquam in rem suam procuratori. — ⁹⁾ l. 57 in f. D. de legat. I (30). C. §. 28.

Der Fideicommissar soll entweder zeitig von den klagenden Pfandgläubigern die Abtretung ihrer Klagen sich verschaffen, oder wenn er dieses versäumt hat, durch die *jurisdictio* des Provinzialvorstehers dasselbe erlangen (*id ei praestabitur*)¹⁰⁾, nämlich die Abtretung der Klagen (*exhiberi actiones*), wie sehr bestimmt aus den Basiliken hervorgeht, welche nach dem abermals allein erhaltenen Auszuge des *Lipucitus* übersezen¹¹⁾:

Καὶ περὶ τοῦ, πότε δύναται ὁ ληγατάριος ἐναχθεῖς παρὰ τῶν δανειστῶν ἐκχωρεῖσθαι τὰς ἀγωγὰς αὐτῶν ἢ πρὸ καταβολῆς, ἢ καὶ μετὰ ταῦτα διὰ τοῦ ἄρχοντος.

Von einer wirklichen Cession kann nicht mehr die Rede sein, nachdem der allein mögliche Gegenstand der Cession, die persönliche Schuldklage nebst der hypothekarischen Klage durch die Zahlung zu bestehen aufgehört hat¹²⁾; die nach der Zahlung vom Provinzialvorsteher nachgeholte Cession muß also auf einer die *utilis actio suo nomine* erzeugenden Rechtsdichtung beruhen, welche zugleich den Zeitpunkt der angenommenen Cession vordatirt und mit dem Zeitpunkte der geleisteten Zahlung zusammenlegt¹³⁾.

Nach diesen und ähnlichen^{13a)} Zeugnissen kann das Dasein der Cessionsdichtung keinem Zweifel mehr unterworfen sein. Es steht vielmehr fest, daß in den betreffenden Fällen die an sich schon durch eine Fiction ausgezeichnete Formel der *utilis actio suo nomine* noch eine zweite Fiction erhält, wonach die regelmäßige Legitimationsclausel entsprechend sich verändert, nämlich anstatt der Bedingung:

si Publius Maevius ab Aulo Agerio procurator factus est,
den unbedingten Satz aufnimmt:
perinde ac si Publius Maevius ab Aulo Agerio procurator factus esset.

Eine gleiche Häufung mehrfacher Rechtsdichtungen kommt beim Universalfideicommiss vor, wenn die nicht geschehene Restitution als geschehen angenommen wird¹⁴⁾. Auch hier klagt der Fideicommisserbe kraft der doppelten Fiction, als ob er Erbe wäre und als ob die Restitution der Erbschaft vollzogen wäre. Wie aber die kraft fingirter

¹⁰⁾ Windscheid a. a. O. S. 198 erklärt diesen Ausdruck ohne Grund für ungeschickt oder corrupt. — ¹¹⁾ Basil. XLII, 1 c. 54 (Heimb. IV, p. 338). . . et de eo, quando legatario a creditoribus convento actiones eorum cedi possint, vel ante solutionem, vel etiam post haec ope Praesidis. — ¹²⁾ Schol. 3 zu Basil. XXVI, 1 c. 2 (Heimb. III, p. 52). S. S. 60 not. 68. — ¹³⁾ S. S. 28. — ^{13a)} Schol. 2 zu Basil. XXIX, 1 c. 71 (Heimb. III, p. 417): *καὶ ὡς ἀπὸ ἐκχωρήσεως ἔχων τὴν πρὸ τῆς δούλης ἐξ στυπουλάτου* — et tanquam ex cessione habens actionem ex stipulatu de dupla. — ¹⁴⁾ l. 7 §. 1 C ad Sct. Trebell. (6. 49), cf. l. 1 §. 9 D. ad Sct. Trebell. (36. 1).

Restitution vom Fideicommissar, als ob er Erbe wäre, angestellte *utilis actio suo nomine* sonst an Voraussetzungen und Wirkungen ganz gleich ist der kraft wirklicher Restitution vom Fideicommissar, als ob er Erbe wäre, angestellten *utilis actio suo nomine*: so ist auch die kraft eines fingirten *mandatum agendi* vom Cessionar, als ob er *dominus actionis* wäre, angestellte *utilis actio suo nomine*, sonst an Voraussetzungen und Wirkungen ganz gleich der kraft eines wirklichen *mandatum agendi* vom Cessionar, als ob er *dominus actionis* wäre, angestellten *utilis actio suo nomine*; denn in den gegenseitigen Beziehungen beider Klagen erscheint die auf ein wirkliches *mandatum agendi* gestützte *utilis actio suo nomine* als die *directa actio*, welcher die kraft eines fingirten *mandatum agendi* angestellte *utilis actio suo nomine* wiederum *utiliter* nachgebildet ist¹⁵⁾; ein Verhältniß, auf welches vollkommen der Ausspruch des Paulus paßt¹⁶⁾:

Nec refert, *directa quis, an utili actione agat vel conveniatur*: (quia in *extraordinariis judiciis*, ubi *conceptio formularum non observatur*, haec *utilitas supervacua est*;) maxime cum *utraque actio ejusdem potestatis est eundemque habet effectum*.

Der Zweck und die Wirkung der Fiction des Mandats besteht also darin, einerseits die *utilis actio suo nomine* in den geeigneten Fällen von der wirklichen Ertheilung eines *mandatum agendi* unabhängig zu machen, und doch andererseits zugleich das Bewußtsein wach zu erhalten, daß die ohne Mandat gegebene *utilis actio suo nomine* in allen übrigen Beziehungen der auf ein Mandat gestützten *utilis actio suo nomine* gleiche, *ἵνα διὰ πάντων ἡ πλάσις ἀληθῆς εὐρεθῇ*¹⁷⁾.

Hierin liegt die Rechtfertigung, daß die auf ein wirkliches *mandatum agendi* und die auf ein fingirtes *mandatum agendi* zurückzuführende *utilis actio suo nomine* bei den Untersuchungen über die äußeren und inneren Gegensätze und Verschiedenheiten der *directa actio alieno nomine* und der *utilis actio suo nomine* weder bisher getrennt worden ist, noch in der Folge getrennt werden wird, daß sich vielmehr die besondere Untersuchung über das fingirte *mandatum agendi* auf die Beantwortung der Fragen beschränkt, auf welche verschiedene Weise und unter welchen Voraussetzungen daselbe Platz greife.

¹⁵⁾ Ähnliche Beispiele, in welchen eine *utilis actio* im Verhältniß zu einer anderen als *directa* erscheint, in l. 70 D. de reiv. (6. 1) . . *quasi Publiciana*. — C. §. 25. — l. 41 D. de pign. act. (13. 7): *utilis actio pignoratitia*, d. h. *utilis actio quasi Serviana*. — cf. Mühlenbruch Cess. §. 15 C. 154 not. 307. — ¹⁶⁾ l. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5). — ¹⁷⁾ Theophil. IV, 12 pr. — *ut per omnia fictio vera inveniatur*.

Zweites Kapitel.

Verschiedenheiten im Gebrauche der Fiction des Klagauftrags, und im Verfahren bei Ertheilung von utiles actiones.

Wie die utiles actiones suo nomine des wirklichen procurator in rem suam, so sind auch die utiles actiones suo nomine des fingirten procurator in rem suam Ausflüsse der rechtsprechenden Gewalt (jurisdictio)¹⁾. Der Prätor und die übrigen rechtsprechenden Obrigkeiten gebrauchten die allgemeine Befugniß, Klagen zu geben und Klagen zu verweigern, im Besonderen dazu, die nach der Strenge des Rechts dem Einen zustehenden Klagen diesem zu versagen und statt dessen einem Anderen, wie wenn er procurator in rem suam des Ersteren wäre, als utiles actiones zu ertheilen, so oft eine Klagübertragung der Art billig zu sein schien.

Die Anwendung der Fiction war jedoch verschieden, je nachdem der Quasicedent zur wirklichen Cession verpflichtet oder nicht verpflichtet war. Im letzteren Falle wurde die fingirte Cession in die Gegenwart, im ersteren Falle in die Vergangenheit verlegt, d. h. mit anderen Worten: im letzteren Falle wurde die fingirte Cession durch die obrigkeitliche Verfügung bewirkt, im ersteren Falle als vorhanden, mithin als früher bewirkt bloß anerkannt, so daß dort die obrigkeitliche Verfügung, hier dagegen der Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände als die Ursache des auf fingirter Cession beruhenden Klagübergangs sich darstellte.

Beispiele einer durch die obrigkeitliche Verfügung bewirkten Klagübertragung sind es unter anderen²⁾, wenn der Provinzialvorsteher an die Stadt Sebaste die ihr von Lucius Titius zur Feier von Gedächtnisspielen vermachten Gelder durch Abjudication passender Erbschaftsforderungen mit dem Erfolge übereignet, daß die Stadt ohne Cession der Erben die adjudicirten Forderungen gegen den Schuldner einzuklagen vermag und bei nicht erfülltem modus die nicht eingeklag-

¹⁾ l. 57 fin. D. de legat. I (30) Ulpian. . . per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur. C. C. 184. — ²⁾ cf. Plinii histor. nat. XXXV, 40, 24: Tabulas inde (Sicyone) e publico omnes propter aes alienum civitatis addictas Seauri Aedilitas Romam transtulit. — l. 46 §. 1 D. de admin. et peric. tut. (26. 7). C. §. 49.

ten Forderungen durch einfache Verfagung der Rechtsverfolgung an die Erben des Lucius Titius wieder verliert³⁾; wenn der Magistrat den Gläubigern des Sohns, welcher als *suus heres* die Restitution des ihm vom Vater auferlegten Erbschaftsfideicommisses verweigert, um sich zur Restitution zwingen zu lassen und den Gläubigern die *quarta Trebelliana* zu entziehen, gegen Abfindung der Erbschaftsgläubiger deren Forderungen überweist, damit sie die ganze Erbschaft auf angestelltes *interdictum fraudatorium* zurückbekommen und zu ihrer Befriedigung verkaufen können⁴⁾; wenn der Prätor demjenigen, welcher auf *missio in possessionem* Anspruch hat, diesen Anspruch aber wegen Mangels besitzfähiger Gegenstände nicht auszuführen vermag⁵⁾, etwaige Forderungen des Missionsschuldners einräumt⁶⁾, oder demjenigen, welchem ein Legatar das Legat unter einer Bedingung als Fideicommiss restituiren soll, gegen das Erbieten zur Cautionsleistung statt der vom Legatar verweigerten Cautio die Klagen des Legatars überweist⁷⁾. Ja selbst daß die rechtsprechende Obrigkeit dem von ihr ernannten⁸⁾ *curator honorum*⁹⁾ oder dem Sequester¹⁰⁾ *utiles actiones suo nomine* verleiht, kann hierher gezählt werden, obwohl diese *utiles actiones* in das Vermögen des Curator und Sequester nicht bleibend übergehen, sondern nur dazu dienen, der Verwaltung die erforderliche Unabhängigkeit und Selbständigkeit zu sichern.

Das Verfahren, welches zum Zweck solcher Uebereignung eingeschlagen wurde, bestand darin, daß die rechtsprechende Obrigkeit in feierlicher Sitzung (*pro tribunali*)¹¹⁾, umgeben von ihrem *consilium*¹²⁾, die Betheiligten hörte und nach beendeter Sachuntersuchung (*causa cognita*)¹³⁾, durch eine förmliche Entscheidung (*decretum, sententia*)¹⁴⁾, welche der Aufsehung durch Rechtsmittel unter-

³⁾ l. 21 §. 3 D. de annuis legat. (33. 1). S. Th. II, Abth. 2, Kap. 2. — ⁴⁾ l. 67 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), cf. Hufschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. 8. Bb. 14 S. 85. — ⁵⁾ Cic. pro Quint. c. 29: in universis, quae teneri ac possideri possunt. — l. 13 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 1 C. de praetor. pign. (8. 22). — — ⁶⁾ l. 10 D. ut in poss. legat. (36. 4), l. 8 D. quod euj. univ. nom. (3. 4). — — ⁷⁾ l. 5 §. 29. 30 D. ut in poss. legat. (36. 4). — cf. Bafhofen Pfandr. I, S. 318. — — ⁸⁾ l. 2 pr. D. de curat. bon. dando (42. 7). — — ⁹⁾ l. 2 §. 1 D. de curat. bon. dando (42. 7), cf. l. 14 pr. D. de reb. auct. jud. possid. (42. 5), l. 1 §. 21 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9). Auch der magister bonis vendendis scheint utiles actiones erhalten zu haben. Cic. pro Quint. c. 15. — cui magistri sunt et domini constituuntur. — — ¹⁰⁾ l. 5 §. 1 D. ut legator. (36. 3). — — ¹¹⁾ Keller Proc. §. 3 not. 34. 36. 40. — — ¹²⁾ Keller Proc. §. 3 not. 39. — — ¹³⁾ Keller Proc. §. 3 not. 41. — — ¹⁴⁾ l. 21 §. 3 D. de annuis legat. (33. 1) — adjudicavit — sententia. — l. 5 §. 29 D. ut in poss. legat. (36. 4). . Praetorem statuturum — [cf. l. 46 pr. D. de V. S. (50. 16), l. 32 pr. D. de adopt. (1. 7), l. 2 §. 6 D. de jud. (5. 1),

lag¹⁵), die Klagübertragung abschlug oder bewilligte, im Fall der Bewilligung aber, soweit nöthig, für die *utilis actio* einen *judex* ernannte mit der unbedingten Anweisung, den Quasiceffessionar zu behandeln, wie wenn er vom Quasicedenten zum *procurator in rem suam* bestellt worden wäre.

Die zweite Art der Klagübertragung, welche als bewirkt durch den Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände von der obrigkeitlichen Verfügung bloß anerkannt wird, bildet eine Ausnahme von der Regel, welche das ganze römische Recht, und so auch im wohlbegründeten Interesse des Cedenten die Lehre von der Cession beherrscht¹⁶), daß zwischen dem Anspruche auf Rechtsübertragung und der Rechtsübertragung selbst streng zu unterscheiden und mit dem ersteren noch keineswegs die letztere gegeben ist. Es handelt sich insofern um ein *jus singulare*, welches über die ihm durch das positive Recht gezogenen Grenzen nicht willkürlich ausgedehnt werden darf. Wir haben demnach zwar zugugeben, daß die rechtliche Erzwingbarkeit der wirklichen Cession durch Klage, Einrede oder Replik, und zwar besonders durch die *replicatio*¹⁷) und *exceptio doli*¹⁸), welche letztere unter Umständen zur Vermeidung von Consumtion in proceßhindernder Form, d. h. als *praescriptio*¹⁹) vorgewandt werden muß,

1. 5, l. 1 §. 1 D. ubi pupill. (27. 2), l. 1 §. 1. 2 D. quod quisque jur. (2. 2)]. — 1. 5 §. 30 D. ut in poss. legat. (36. 4) . . decernendum erit, ex ea satisfatione magis fideicommissario, quam legatario dandam actionem. — 1. 46 §. 1 D. de admin. et p. tut. (26. 7) . . actiones decerni placuerit. — C. §. 48. — — ¹⁵) 1. 39 pr. D. de minor. (4. 4), l. 2 D. de appell. recip. (49. 5), l. 20 D. de quaest. (48. 18), l. 2 D. a quib. appell. (49. 2). — — ¹⁶) C. §. 30 f. — — ¹⁷) 1. 29 pr. D. ad SCt. Vellej. (16. 1). — — ¹⁸) 1. 65 D. de evict. (21. 2), l. 25 D. de adm. et per. tut. (26. 7), l. 20 §. 1 D. de tut. et ration. (27. 3), l. 18 §. 5 D. fam. herc. (10. 2), l. 32 §. 5 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 57 fin. D. de legat. I (30), l. 80 §. 5 D. de furt. (47. 2), l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — — ¹⁹) 1. 91 D. de solut. (46. 3). — Die praescriptio, deren Verhandlung der Prüfung des Klaganspruchs und dem Eintritt der Consumtion vorausging [l. 5 C. de pign. (8. 14), l. 15 §. 7 D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5). — l. 3 §. 1 D. de praevaric. (47. 15), l. 1 C. de advoc. divers. judic. (2. 7), l. 11 C. de accus. (9. 2), Quintil. instit. orat. VII, 5 Nr. 32. — Aurel. Vict. ars rhetor. IV, 1. — Gaj. IV, 133. — Becker proc. Consumt. C. 89 ff.] wurde zur Vermeidung der von der exceptio untrennbaren Consumtion des Klaganspruchs angewandt, so est die Klage, deren Abtretung der Beklagte forderde, durch die litiscontestatio des Beklagten consumirt und zur Abtretung untauglich gemacht wurde; z. B. in den Fällen der l. 47 D. locati (19. 2), l. 13 C. eod. (4. 65), l. 65 D. de evict. (21. 2). — l. 17, l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 11 C. eod. (8. 41). — Eine ähnliche Auskunft schlägt vor v. Savigny Obl.-R. I, C. 243 not. 2.

auch, soweit in *judiciis exceptio doli inest*²⁰⁾, durch das *officium judicis* ersetzt werden kann²¹⁾, die unerläßliche Voraussetzung der in Frage stehenden Klagübertragung ist; wir haben aber nichtsdestoweniger mit Bähr²²⁾, Thöl²³⁾, Windscheid²⁴⁾, Zimmermann²⁵⁾, Thering²⁶⁾ und Anderen gegen Buchta²⁷⁾, v. Savigny²⁸⁾ und namhafte sonstige Rechtslehrer zu bestreiten, daß unter dieser Voraussetzung die Klagübertragung durch fingirte Cession allgemeine Anwendung fände. Der Cessionsverpflichtete hätte sonst unmöglich ein erfolgreiches Retentionsrecht an den abzutretenden Forderungen üben können²⁹⁾. Und doch steht es z. B. unerschütterlich fest, daß der mit dem Legate eines Sklavenpeculium belastete Erbe die zum Peculium gehörenden Activforderungen nicht eher abzutreten verpflichtet sein soll, bis ihm wegen der bei ihm zurückbleibenden Peculiarschulden *cautio defensum iri* vom Legatar geleistet worden ist³⁰⁾; daß der Käufer einer Erbschaft, welcher dem stipulirenden Verkäufer versprochen hat, einen Theil des Kaufpreises in gewissen Forderungen abzutragen, der auf Cession gerichteten *actio ex stipulatu* die *exceptio doli* entgegensetzen kann, wenn der verkaufte Erbschaft Entwährung drohet³¹⁾ und der Verkäufer nicht durch genügende Realcantion der Gefahr zu begegnen sich bereit erklärt³²⁾; daß derjenige, welcher einem von A gutgläubig besessenen Sklaven des X einen anderen Sklaven verkauft und den verkauften Sklaven dem A als vermeintlichen Herrn des kaufenden Sklaven tradirt hat, dem X trotz der von demselben als wahren Eigenthümer des kaufenden Sklaven angestellten *emti actio* die schuldige Cession der gegen A begründeten *condictio indebiti* vorenthalten kann,

²⁰⁾ fr. Vat. §. 94. — l. 21 D. sol. matr. (24. 3), l. 84 §. 5 D. de legat. I. (30). l. 14 §. 1 D. comm. div. (10. 3). — cf. Keller Proc. S. 131 ff. 109 f. — — ²¹⁾ l. 80 §. 7 D. de furt. (27. 2) . . . arbitrio judicis ei praestabitur. cf. Schol. 16 u. 20 zu Basil. LX, 12 c. 80 §. 7 (Heimb. V, p. 530): *ὁ φρονίμος τοῦ δικαστοῦ ἐκχωρεῖται* — officio judicis ei praestabitur. — l. 63 D. de reivind. (6. 1) . . audiendus erit a iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat. cf. l. 9 §. 1 D. de furt. (47. 2), l. 3 §. 5 D. naut. caup. (4. 9). — — ²²⁾ a. a. D. S. 400. — — ²³⁾ Handelsr. I, §. 24 not. 3. — ²⁴⁾ a. a. D. S. 195 ff. — ²⁵⁾ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 15 S. 102 ff. — — ²⁶⁾ Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1 S. 345 f. — — ²⁷⁾ Weiske's Rechtslexic. Bd. 3 S. 641 f. — — ²⁸⁾ Obligationenrecht I, S. 247 ff. — — ²⁹⁾ Darum erklärt Scävola beim Erbschaftsverkäufer, welcher die actiones hereditariae sofort durch fingirte Cession an den Erbschaftskäufer verliert (f. §. 21), nur die corpora hereditaria, nicht auch die actiones hereditariae für taugliche Gegenstände des Retentionsrechts. l. 22 D. de her. vel act. vend. (18. 4). — — ³⁰⁾ l. 18 in Verbindung mit l. 5, l. 23 pr. D. de pecul. leg. (33. 8). S. §. 21. — — ³¹⁾ l. 17 §. 2 D. de exc. dol. (44. 4). — — ³²⁾ l. 18 §. 1 D. de peric. et com. (18. 6), l. 24 C. de evict. (8. 45), cf. Vat. fr. §. 12 pr.

bis X alles dasjenige, was ein freier Käufer aus dem Kaufe zu leisten hätte, auch seinerseits zu leisten bereit ist³³⁾ u. s. w. Ueberdies vermag selbst v. Savigny³⁴⁾ die entgegengesetzte Ansicht ohne Gewalt- samkeit und Willkür nicht einmal gegen den Widerspruch zu retten, daß unter Anderem klare Quellenzeugnisse dem zur Zahlung des Ganzen genöthigten Bürgen einerseits das Recht absprechen, ohne wirkliche Cession durch fingirt cedirte utiles actiones gegen den Hauptschuldner, gegen die Mitbürgen oder gegen sonstige Mitver- pflichtete seinen Regreß zu nehmen³⁵⁾, und demselben doch anderer- seits das Recht geben, vom Gläubiger die wirkliche Cession gegen jene Verpflichteten zu erzwingen³⁶⁾. Oder ist es etwa milder, als gesche- hen, zu bezeichnen, daß v. Savigny, obgleich er ein Zwangsrecht des Bürgen auf Cession der Klagen gegen den Hauptschuldner und gegen die Besitzer der für die Hauptschuld haftenden Pfänder be- reitwillig einräumt, dennoch das Recht desselben, Cession der Klagen gegen die Mitbürgen zu erzwingen, leugnet, ohne den Grundsatz widerlegt zu haben, daß die Verpflichtung zur Cession der Hauptfor- derung die Verpflichtung zur Cession der Nebenforderungen, insbeson- dere auch der Nebenforderungen gegen Bürgen, ohne Weiteres in sich schließt³⁷⁾? Außerdem schreibt nicht bloß Modestinus³⁸⁾: dem solida- risch belangten Bürgen sei gegen die Mitbürgen keine Klage zu geben: si — nec ei cessae sint actiones, sondern sogar Julianus³⁹⁾:

Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina;

und Paulus⁴⁰⁾:

Cum is, qui reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones: — quodammodo nomen debitoris vendidit: et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

Anderer Beispiele, in denen von den Gesetzen die Erzwingbarkeit wirklicher Cession entschieden anerkannt und doch die Zulässigkeit einer

³³⁾ l. 31 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1), cf. l. 24 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1). — Schol. 15. 16 zu Basil. XXIII, l. c. 31 §. 1 (Heimb. II, p. 626 sq.).

— ³⁴⁾ a. a. O. S. 277 ff. — ³⁵⁾ Nov. 4 c. 1 fin. Gaj. III, 122. §. 4 J. de fidejuss. (3. 21), Theophil. ad. h. l. l. 39 D. de fidej. (46. 1), l. 11 C. eod. (8. 41), l. 7 C. de priv.isci (7. 73). — pro quo satisfaciebas, d. h. für den bu- lich verbürgtest, cf. Mühlenbruch Ges. 480 not. 559. — — ³⁶⁾ l. 17, l. 36 D. de fidejuss. (46. 1), l. 11, l. 14, l. 21 C. eod. (8. 41), Nov. 4 c. 1 fin. —

³⁷⁾ S. S. 27 not. 7. — ³⁸⁾ l. 39 D. de fidejuss. (46. 1). — ³⁹⁾ l. 17 D. de fidejuss. (46. 1). — ⁴⁰⁾ l. 36 D. de fidejuss. (46. 1). S. S. 64 zu not. 89.

auf fingirte Cession zu stützenden *utilis actio* ebenso entschieden verneint wird, bieten die nachfolgenden Erörterungen in Menge dar, so daß die hier bekämpfte Lehre auf keinen Fall dem römischen Rechte entspricht, aber auch vom heutigen Rechte verworfen werden muß, wenn die Anliegen des Cedenten nicht häufig auf das Unbilligste gefährdet werden sollen.

Ein anderer Schriftsteller⁴¹⁾ hat dieses gefühlt und deshalb dem Sage v. Savigny's dadurch eine andere Wendung zu geben gesucht, daß er die Erzwingbarkeit der Cession, welche ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones* für den Zwangsberechtigten zur Folge haben soll, als Einrede- und Replikensfreiheit des klagende oder einredeweise geltend zu machenden Cessionsanspruchs auffaßt. Allein diese Auffassung führt aus der Scylla in die Charybdis. Paulus sagt, in Privatübereinkünften könne man nicht wohl wissen, was zwischen dritten Personen verhandelt sei, und wenn man es wisse, habe man die Wissenschaft zu verheimlichen, um nicht neugierig zu erscheinen⁴²⁾. Dessenungeachtet muthet jene Auffassung dem Cessus zu, in jedem einzelnen Falle nicht bloß die abstracte Erzwingbarkeit des Cessionsanspruchs, sondern auch alle möglicher Weise darauf einwirkenden tatsächlichen Beziehungen zwischen dem Cessionsberechtigten und dem Cessionsverpflichteten zu kennen, zu prüfen und auf eigne Gefahr rechtlich zu bestimmen, um zu erfahren, ob der Cessionsberechtigte oder der Cessionsverpflichtete als sein Gläubiger zu betrachten sei. Das Bestreben, dem Cedenten gerecht zu werden, wird auf diese Weise doppelt ungerecht gegen den Cessus und ist daher doppelt verwerflich.

Es wäre nun allerdings wünschenswerth, an der Stelle des abgelehnten Grundsatzes einen anderen aufzufinden, welcher die Frage nach der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit fingirter Cession durchgreifend entscheiden könnte; allein die darauf gerichteten Bemühungen sind leider erfolglos gewesen. Es bleibt daher nichts übrig, als die in den Rechtsbüchern zerstreuten Fälle fingirter Cession möglichst vollständig zu sammeln und in gleichartige Gruppen zu ordnen. Dieser Versuch soll in den nachstehenden Paragraphen gemacht werden, wobei jedoch von vorn herein bemerkt wird, daß aller Sorgfalt ungeachtet leicht einige dahin gehörige Fälle übersehen sein können.

Das Verfahren, welches von der rechtsprechenden Gewalt behuf Anerkennung des durch fingirte Cession bereits früher bewirkten Klagübergangs angewandt wurde, mag Anfangs gleichfalls in einer *pro tribunali* gepflogenen *causae cognitio* und einem durch Rechts-

⁴¹⁾ *Ruhstrat negot. gestio*. §. 50. — — ⁴²⁾ l. 19 D. de novat. et de leg. (46. 2).

mittel ansichtbaren Decrete bestanden haben⁴³⁾, dem eventuell eine Formel folgte, welche den für die utilis actio ernannten judex unbedingt instruirte, den Kläger wie einen vom Quascedenten bestellten procurator in rem suam anzusehen. Dieses Verfahren änderte sich aber, als im Laufe der Zeit die stets wiederholte Verknüpfung von utiles actiones mit denselben Voraussetzungen zu Gunsten der letzteren ein Gewohnheitsrecht gebildet hatte, welches nicht selten sogar durch Aufnahme in das prätorische Edict⁴⁴⁾ oder durch kaiserliche Rescripte⁴⁵⁾ ausdrückliche Bestätigung fand. Der fest ausgebildete Rechtsatz gestattete nämlich den rechtsprechenden Obrigkeiten, der auf Grund desselben nachsuchenden Partei gleich ohne vorgängige Sachuntersuchung durch einen hypothetischen Bescheid von ebner Erde (de plano)⁴⁶⁾ utiles actiones zu verleihen, indem ein judex ernannt und in der Formel angewiesen wurde, unter der Bedingung, daß die für den fraglichen Rechtsatz erheblichen Thatfachen richtig sein würden, den Kläger ebenso zu behandeln, als ob er vom betreffenden Quascedenten zum procurator in rem suam bestellt worden wäre. Demnach lautete z. B. die Legitimationsclausel des Quascessionars Publius Maevius, welcher seine Klagbefugniß aus einem anerkanntermaßen utiles actiones sofort übertragenden Forderungskaufe⁴⁷⁾ ableitete, etwa dahin:

si Publius Maevius ab Aulo Agerio actionem emit, perinde ac si Publius Maevius de ea exercenda ab Aulo Agerio procurator factus esset,

was zur Folge hatte, daß der Legitimationspunkt nicht in jure, sondern in judicio, und nicht gesondert, sondern vereinigt mit der Hauptsache untersucht und entschieden wurde.

Auch unter den im Allgemeinen zur hypothetischen Ertheilung von utiles actiones sich eignenden Fällen gab es aber zuweilen Ausnahmen, welche theils eine freiere Würdigung der concreten Verhältnisse, als dem judex zugetrauet werden durfte, theils ein vom Hauptverfahren getrenntes Vorverfahren über den Legitimationspunkt erforderlich oder zweckmäßig erscheinen ließen. In diesen Ausnahmen blieb dann auch für die Folge die Prüfung und Entscheidung, ob eine utilis actio zu ertheilen sei, als ein vor der Anordnung des iudicium in der ursprünglichen Weise durch Sachuntersuchung und Decret zu erledigender Gegenstand, dem Wirkungsbereiche der rechtsprechenden Obrigkeit vorbehalten⁴⁸⁾. Selbst die Aufhebung des ordo iudiciorum

⁴³⁾ fr. Vat. §. 331 in Verbindung mit l. 7 C. Th. de cognitor. (2. 12).
⁴⁴⁾ §. 45. fr. Vat. §. 286 in Verbindung mit l. 3 C. J. de don. quae sub mod. (8. 55). §. 46. — — ⁴⁵⁾ fr. Vat. §. 317. — — ⁴⁶⁾ §. 21. 24. 37. 45. 46 u. f. w. — — ⁴⁷⁾ Keller Proc. §. 3 not. 42—44. — — ⁴⁸⁾ §. 21. — — §. 44. 46.

beseitigte dabei nur die Frage, ob in jure oder auf Grund der Formel in *judicio* zu verhandeln sei, ließ aber den Unterschied bestehen, daß der Legitimationspunkt in den Ausnahmefällen als eine vom Hauptverfahren getrennte Vorfrage, in den regelmäßigen Fällen dagegen vereinigt mit der Hauptsache erledigt werden mußte. In sofern ist es noch für das Justinianische Recht von Belang, zu wissen, in welchen für hypothetische Ertheilung von *utiles actiones* im Allgemeinen geschickten Fällen ausnahmsweise eine besondere *causae cognitio* und *Decretur* der rechtsprechenden Obrigkeit erfordert wurde. Ein gemeinschaftliches Princip dafür zu entdecken, ist nicht gelungen. Es hat deshalb nicht mehr geschehen können, als in den nachstehenden Ausführungen bei jedem betreffenden Falle das von den Rechtsbüchern aufgestellte Erforderniß des Decrets ausdrücklich hervorzuheben⁴⁹⁾.

Drittes Kapitel.

In welchen Fällen ist die Fiction der Cession mit dem Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände verknüpft?

Uebersicht des Folgenden.

- §. 20. Mit dem Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände ist die Fiction der Cession verknüpft:
- I. bei einer Reihe von Rechtsgeschäften, welche geradezu die Herbeiführung der Cession bezwecken;
 - II. beim Pfandverkaufe des Pfandgläubigers;
 - III. bei der *litis aestimatio*;
 - IV. bei der *Adjudication* von Forderungen und Pfandrechten;
 - V. bei der f. g. hypothekarischen Succession;
 - VI. bei der Abfindung concurrirender privilegirter Handschriftsgläubiger;
 - VII. bei dem Solidar- und Corealschuldner, welcher für den Mitschuldner zu zahlen genöthigt gewesen ist;
 - VIII. bei der Stellvertretung in Eingehung von Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen nach verschiedenen Richtungen und unter verschiedenen Voraussetzungen;

⁴⁹⁾ C. §§. 41. 42. 48.

In welchen Fällen ist die Fiction der Cession u. 195

IX. bei dem Erbberechtigten, welchem der zur Restitution der Erbschaft verpflichtete Erbschaftsbesitzer Klagen zu cediren hat, unter verschiedenen Voraussetzungen;

X. in mehreren einzelnen, zu einer gleichartigen Gruppe nicht zusammenfaßbaren Fällen.

Alle diese einzelnen Gruppen sollen jetzt näher erörtert werden.

I. Fiction der Cession bei einer Reihe von Rechtsgeschäften, welche geradezu die Herbeiführung der Cession bezwecken.

Zu diesen Rechtsgeschäften gehört der Erbschaftsverkauf, der Forde- §. 21.
rungskauf, die Mitgift einer Forderung, die Hingabe einer Forderung an Zahlungs-Statt und das Vermächtniß einer Forderung. Dagegen werden nur irthümlich hierher gerechnet die Schenkung einer Forderung und der Quasiususfructus einer Forderung mit Ausnahme des gesetzlichen Quasiususfructus. Alles das ist jetzt näher nachzuweisen.

A. Geschäfte, welche mit Recht hierher gerechnet werden.

1. Der Erbschaftsverkauf.

Der Erbschaftskäufer ist berechtigt, mit der actio emti die Uebergabe der Erbschaftsachen¹⁾ und die Cession der Erbschaftsklagen²⁾, nebst den in Betreff³⁾ und in Veranlassung der Erbschaft erst in der Person des Erbschaftsverkäufers entstandenen Klagen⁴⁾, zu erzwingen, um solche Klagen dann auf seine Kosten und Gefahr gegen die Besitzer von Erbschaftsachen oder gegen Erbschaftsschuldner anzustellen⁵⁾. Sein Recht auf Erlangung der Erbschaftsachen und Erbschaftsklagen pflegte er überdies durch die Stipulation zu verstärken⁶⁾:

ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

¹⁾ 1. 14 §. 1 D. de hered. vel act. (18. 4), 1. 4 C. eod. (4. 39). — ²⁾ 1. 2 §. 3. 8 D. de her. vel act. (18. 4), 1. 4 C. eod. (4. 39). — ³⁾ 1. 1 C. de evict. (8. 45). — ⁴⁾ 1. 2 §. 8, 1. 21 D. de her. vel act. (18. 4), 1. 61 D. de adm. et per. tut. (26. 7), 1. 14 pr. §. 1 D. mand. (16. 1). — ⁵⁾ 1. 1 C. de evict. (8. 45). — ⁶⁾ Gaj. II, 252. 253. 257. — §. 6 J. de fideic. her. (2. 23). — Theophil. II, 23 §. 3. 6. — 1. 37 pr. D. de pecul. (15. 1), 1. 2 pr., 1. 18, 1. 21 D. de her. vel act. (18. 4), 1. 14 §. 1 D. mand. (17. 1), 1. 50 §. 1 D. de V. O. (45. 1), 1. 20 §. 1 D. de stipul. serv. (45. 3), 1. 95 D. de legat. III (32), 1. 97 D. de V. S. (50. 16). — cf. Cujac. obs. II, 30.

Allein die Schwierigkeit und Weitläufigkeit, sich für jede einzelne Erbschaftsfrage ein besonderes *mandatum agendi* zu verschaffen, ließ es bald wünschenswerth erscheinen, von dieser Mühe durch die mit dem Erbschaftskauf verbundene Fiktion des Mandats befreit zu werden. Der Erbschaftsverkäufer, welcher seinerseits gewohnt war, sich wegen der vom Käufer zu entrichtenden Leistungen durch die *Stipulation* sicher zu stellen⁷⁾:

ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnisset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur,

schien an dem Vorbehalte der Erbschaftsfragen zum Zweck der Ausübung eines etwaigen Retentionsrechts kein wesentliches Interesse zu haben, und so wagte es Antonin der Fromme, den Wunsch des Erbschaftskäufers zu erfüllen, indem er demselben die Erbschaftsfragen ohne Cession, wie wenn sie cedirt wären, als *utiles actiones suo nomine* zu erheben gestattete. Bezeugt wird dieses theils durch

Ulpianus lib. 4 ad Edictum⁸⁾.

Si cum emtore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat: doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest;

theils durch ein mit dieser Stelle in Uebereinstimmung stehendes Rescript des Kaisers Alexander, worin es heißt⁹⁾:

utiles adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit;

theils endlich durch Scävola, welcher das jedem Verkäufer bis zum Empfange des Kaufpreises zustehende Retentionsrecht¹⁰⁾ mit gutem Grunde beim Erbschaftsverkäufer auf *corpora hereditaria* bezugt¹¹⁾.

Die Worte Ulpian's sind später genauer zu erklären. Hier genügt die Bemerkung, daß auf Grund des von Antonin dem Frommen erlassenen Rescripts sowohl Ulpian als der Kaiser Alexander dem Erbschaftskäufer ohne wirkliche Cession nur gegen *debitores here-*

⁷⁾ Gaj. II, 252. — Theophil. II, 23 §. 3. G. — l. 18 D. de her. vel act. (18. 4). — — ⁸⁾ l. 16 pr. D. de pact. (2. 14), cf. Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 163 (Heimb. I, p. 642 sq.). — — ⁹⁾ l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). — — ¹⁰⁾ l. 13 §. 8 D. de act. E. V. (19. 1), l. 78 §. 2 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 31 §. 8, l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21. 1). — — ¹¹⁾ l. 22 D. de her. vel act. (18. 4).

ditarii utiles actiones verleihen, mithin — wie eine Basilikenscholie geradezu bestätigt¹²⁾ — den Bereich der fingirten Cession gemäß dem Umfange der Cessionsstipulation auf die vom Erblasser dem Erben vererbten Klagen (hereditariae actiones)¹³⁾ beschränken.

Außgeschlossen von der fingirten Cession bleiben also alle erst in der Person des Erbschaftsverkäufers in Betreff und in Veranlassung der Erbschaft entstandenen Klagen.

a. Zu den in Betreff der Erbschaft entstandenen Klagen gehören die hereditatis petitio¹⁴⁾ und die actio fam. herc. Von beiden Klagen läßt sich noch besonders nachweisen, daß sie zum Uebergange auf den Erbschaftskäufer wirklicher Cession bedürfen.

Hinsichtlich der hereditatis petitio dadurch, daß Pomponius den Erbschaftskäufer diese Klage gegen den Erbschaftsbesitzer erheben läßt¹⁵⁾, und die Gesetze dem Erbschaftskäufer ausnahmsweise nur, wenn er vom Fiscus gekauft hat, eine utilis hereditatis petitio geben¹⁶⁾, aber auch dazu nicht die Fiction verwenden, als ob er Herr des Klagerichts wäre, sondern in Gleichstellung der Klage mit der utilis hereditatis petitio des Erbschaftsfideicommissars¹⁷⁾ vielmehr die Fiction, als ob er Erbe wäre¹⁸⁾. Weitere Folge dieser Fiction ist dann, daß der Käufer einer vom Fiscus verkauften Erbschaft nicht bloß, wie jeder andere Erbschaftskäufer als Besitzer der hereditatis petitio utilis unterliegt¹⁹⁾, sondern auch, wie kein anderer Erbschaftskäufer²⁰⁾, den Erbschaftsgläubigern und Legataren anstatt des Erbschaftsverkäufers verhaftet ist²¹⁾. Freilich hat der Wahn, als ob jeder Erbschaftskäufer den Erbschaftsgläubigern hafte²²⁾, bei einem griechischen Interpreten den übrigens von Stephanus nicht getheilten²³⁾ Irrthum hervorgernfen, daß jedem Erbschaftskäufer eine utilis here-

¹²⁾ Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 (Heimb. I, p. 585) . . . μετήνεγκεν οὐτὼς αἱ ἀγωγαὶ τῆς κληρονομίας ἐπὶ τὸν ἀγοραστήν — actiones hereditariae utiliter in emptorem translatae sunt. — — ¹³⁾ cf. l. 66 §. 2 D. ad Sc. Trebell. (36. 1), l. 1 §. 26 D. si quid in fraud. patron. (38. 5). — — ¹⁴⁾ Ueber die Cessibilität der hered. petitio s. Schol. 1 zu Basil. XIII, 2 c. 4 (Heimb. II, p. 40). — — ¹⁵⁾ l. 61 D. de adm. et per. (26. 7) in Verbindung mit l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). — — ¹⁶⁾ l. 54 pr. D. de her. pet. (5. 3). — — ¹⁷⁾ l. 54 pr. D. cit. — quemadmodum ei, cui ex Trebelliano Sc. to hereditas restituta est, petitio hereditatis datur. — — ¹⁸⁾ S. S. 7 not. 15 und S. 15 not. 54. — — ¹⁹⁾ l. 13 §. 4. 5 D. de her. pet. (5. 3), l. 17 §. 2 D. de exc. doli (44. 4). — — ²⁰⁾ l. 2 C. de her. vel act. (4. 39), l. 2 C. de legat. (6. 37). — Schol. 59 zu Basil. VIII, 7 c. 7 §. 4 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 247). — — ²¹⁾ l. 1 C. de her. vel act. (4. 39), l. 41 D. de iure fisci (49. 14). — — ²²⁾ Schol. 1 zu Basil. XIX, 4 c. 25 (Heimb. II, p. 277). — — ²³⁾ Schol. 59 fin. zu Basil. VIII, 7 c. 7 §. 4 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 247).

ditatis petitio zustehe²⁴⁾); allein selbst dieser Irrthum beschränkt sich darauf, die Klage gleich der utilis petitio des Erbschaftszuweisungsfalles von der Fiktion, als ob der Kläger Erbe wäre, abzuleiten, also die Annahme einer auf fingirter Cession beruhenden utilis hereditatis petitio doch nicht zu unterstützen.

Rücksichtlich der actio fam. herc. gereicht zum Beweise, wie Julian demjenigen Miterben, welcher eine durch eine Conventionalstrafe verschärfte Erbschaftsschuld für alle Miterben bezahlt und darauf seinen Erbschaftsantheil verkauft hat, Ersatz zu suchen anweist²⁵⁾. Der Erbschaftsverkäufer soll sich zunächst bemühen, durch die actio familiae hercisc. von den Miterben die gemachten Auslagen wiederzuerlangen²⁶⁾, und erst wenn diese Bemühungen wegen Unvermögens der Miterben fruchtlos bleiben, durch die actio ex stipulatu oder actio ex vendito von dem Erbschaftskäufer Vergütung fordern. Julian hätte aber unmöglich den Verkäufer zur ersten Stelle an die Miterben verweisen können, wenn die actio fam. herc. sofort durch fingirte Cession auf den Erbschaftskäufer übergegangen wäre.

b. Daß die in Veranlassung der Erbschaft vom Erben erworbenen Klagen nicht ohne wirkliche Cession dem Erbschaftskäufer übertragen werden, steht in Uebereinstimmung mit der Wahrnehmung, daß die Rechtsbücher bei allen derartigen Klagen einer wirklichen Cession erwähnen; so namentlich bei den Klagen, welche der Erbschaftsverkäufer erworben hat durch Annahme eines Bürgen für eine Erbschaftsforderung; durch Novation und Rechtshängigmachung einer Erbschaftsforderung²⁷⁾; durch Verkauf einer Erbschaftssache²⁸⁾; durch gewaltsames Vertriebenwerden aus einem Erbschaftsgrundstücke; durch die von einem Dritten geschehene Verwundung eines Erbschaftsklaven²⁹⁾; durch diejenige vom Pupillen ertheilte Cession der ihm gegen seinen zahlungsunfähigen Vormund zustehenden Klagen, zu welcher der vom Erbschaftsverkäufer mit der hereditatis petitio belangte Pupill wegen des vom Vormunde verschuldeten Besitzverlustes dem Erbschaftsverkäufer ist verurtheilt worden³⁰⁾; durch die Bezahlung einer erbchaftlichen Bürgschaftsschuld, mag die Bezahlung vom Erbschaftsverkäufer selbst oder für ihn vom Erbschaftskäufer geschehen sein³¹⁾. In allen diesen Fällen kann der Erbschaftsverkäufer zum Zweck des

²⁴⁾ Schol. 1 zu Basil. XLII, 1 c. 54 (Heimb. IV, p. 235). — — ²⁵⁾ l. 18 D. de her. vel act. (18. 4). — cf. Cujac. in libr. XV Salv. Juliani (opp. VI, p. 94 sq.). — — ²⁶⁾ l. 25 §. 13 D. fam. herc. (10. 2), l. 47 D. de act. E. V. (19. 1), cf. l. 25 §. 15 D. fam. herc. (10. 2). — — ²⁷⁾ l. 2 §. 8 D. de her. vel act. (18. 4). — — ²⁸⁾ l. 21 D. de her. vel act. (18. 4). — — ²⁹⁾ l. 61 D. de adm. et peric. tut. (26. 7). — — ³⁰⁾ l. 61 D. de adm. et peric. tut. (26. 7). — — ³¹⁾ l. 14 pr. §. 1 D. mand. (17. 1).

Forderungserwerbs durch Aufwand oder Uebernahme von Verbindlichkeiten Opfer gebracht haben³²⁾, und daher rechtlich interessiert sein, zur Ausübung des Retentionsrechts an den Forderungen befähigt zu bleiben; worin vielleicht der Grund liegt, warum er trotz der Verpflichtung zur Cessio den Inhalt der *directa actio* nicht ohne wirkliche Cessio an den Erbschaftskäufer verlieren soll.

2. Der Forderungskauf.

Der Forderungskäufer ist ebenfalls berechtigt, durch die *actio empti* auf Cessio der erkauften Forderung zu bringen³³⁾, hat aber auch durch Rescripte aus dem Anfange des dritten Jahrhunderts n. Chr. das Recht erhalten, gleich ohne Cessio die gekaufte Forderung, wie wenn sie cedirt wäre, als *utilis actio* geltend zu machen. Während nämlich die Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla im Jahre 202 gemäß den Worten³⁴⁾:

Quod si nomen emisti, in rem suam procurator datus heredes judicati poteris convenire.

behuf Erlangung des Klagerechts noch ein wirkliches *mandatum agendi* voraussetzen, bemerken schon die Kaiser Valerianus und Gallienus im Jahre 260, daß häufige Rescripte *ad similitudinem ejus, qui nomen emerit*, dem Eheleute wegen der zum Brautseß empfangenen Forderungen ohne Mandat *utiles actiones* gegeben hätten³⁵⁾, und die späteren Kaiser Diocletianus und Maximianus stimmen damit überein, insofern sie die Einführung dieses Vorrechts für den Forderungskäufer Rescripten aus längst vergangener Zeit zuschreiben (*secundum ea, quae pridem constituta sunt*)³⁶⁾. Mit der Hauptforderung ist denn auch deren Zubehör an Nebenforderungen aus Zinsversprechen, Bürgschaften, Pfandbestellungen oder an *actiones adjectitiae qualitatis* als verkauft anzusehen³⁷⁾, weshalb der Käufer der Hauptforderung zugleich die Nebenforderungen als *utiles actiones suo nomine* ohne Mandat zu verfolgen vermag³⁸⁾.

³²⁾ l. 2 §. 5. 10. 11. 20, l. 18 D. de her. vel act. (18. 4), l. 21 fin. D. eod. — — ³³⁾ l. 6, l. 14, l. 23 pr. D. de her. vel act. (18. 4), l. 5 C. de solut. (8. 43) in Verbindung mit Basil. XXVI, 5 c. 113 (Heimb. III, p. 130). §. 31. — — ³⁴⁾ l. 1 C. de contr. jud. tut. (5. 58), f. C. 62 f. — cf. Schol. 17 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 10—13 (Heimb. III, p. 714). — — ³⁵⁾ l. 2 C. de O. et A. (4. 10). — — ³⁶⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). §. 24. — — ³⁷⁾ l. 6, l. 14, l. 23 pr. D. de her. vel act. (18. 4), arg. l. 34 pr. D. de legat. III (32). §. 27 not. 7. — — ³⁸⁾ l. 7 C. de O. et A. (4. 10). l. 4 C. de her. vel act. (4. 39), l. 30 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 11 (Heimb. III, p. 21 sq. 23).

Erfordert wird indeß stets, daß ein wahrer Kaufcontract zum Grunde liegt. Namentlich das in anderer Beziehung dem Forderungskaufe verglichene Verhältniß desjenigen, welcher befugt ist, gegen Bezahlung einer fremden Schuld vom Gläubiger Cession der Klagen zu verlangen, theilt nicht ohne Weiteres das Vorrecht. Fehlt doch z. B. dem zahlenden Bürgen das Recht, ohne wirkliche Cession die Klagen des Gläubigers gegen Hauptschuldner und Mitbürgen anzustellen, eben so gewiß³⁹⁾, als ihm das Recht zusteht, auf Verkauf der Forderungen des Gläubigers zu dringen⁴⁰⁾. Die einzige Anomalie bei diesem Rechtsverhältnisse besteht regelmäßig darin, daß die eigentlich solutionis causa zu leistende Zahlung emtionis causa oder als Preis der abzutretenden Klagen angeboten werden darf, um nicht durch Tilgung der fremden Schuld die Cession der entsprechenden Forderung unmöglich zu machen⁴¹⁾.

Das Vorrecht des eigentlichen Forderungskäufers erstreckt sich übrigens gleichmäßig über persönliche und dingliche Klagen, wie Justinian in der nachstehenden, eigens zu diesem Zweck erlassenen Constitution ausdrücklich einschränkt:

Imp. Justinianus A. Joanni P. P.⁴²⁾.

Certi et indubitati juris est, ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cum enim actionis nomen generale sit omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteris juris conditores hoc nomen in omnibus pateat: nihil est tale, quod differentiam in hujusmodi utilibus actionibus possit introducere.

Diese fast ebenso oft mißverstandene, als besprochene⁴³⁾ Constitution schließt den Titel: de hereditate vel actione vendita und folgt unmittelbar hinter demjenigen Rescripte, worin die Kaiser Diocletian und Maximian „ex nominis emtione“⁴⁴⁾, ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones gewähren. Es scheint daher klar genug zu sein, einmal daß unter den Ausdrücken redimere und comparare nur kaufweiser Erwerb gemeint ist, sodann daß Justi-

³⁹⁾ C. C. 191. — — ⁴⁰⁾ l. 17, l. 36 D. de fidej. (48. 1), l. 14 C. eod. (8. 11). C. C. 191 u. C. 18. — — ⁴¹⁾ C. vorige not. und l. 76 D. de sol. (46. 3), l. 21 D. de tut. et rat. (27. 5), l. 5 pr. D. de censib. (50. 15), l. 30 §. 3 D. de pecul. (15. 1). — C. C. 60 ff. — — ⁴²⁾ l. 9 C. de her. vel act. (1. 39). — Nach Justinian. Recht auch l. 16 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 1 §. 1 D. de litig. (44. 6). — — ⁴³⁾ cf. Mühlenbr. Cess. §. 22 C. 247 ff. und die daselbst citirten Rechtslehrer. — — ⁴⁴⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39).

nian gerade in dem gewöhnlichen Ausdrucke: *actio vendita*⁴⁵⁾ die Veranlassung fand, in seiner Constitution eine Erläuterung des Wortes *actio* zu geben. Danach hat denn Justinian's Constitution gewiß nur den einfachen Sinn, welchen der *Ulpianus* dahin angiebt⁴⁶⁾:

ὅτι, ὥσπερ τὰς προσωπικὰς ἀγωγὰς ἀγοράζει τις, οὕτω καὶ τὰς ἐν ὅρῳ, ἥτοι τὰς πραγματικὰς, καὶ κινεῖ αὐτὰς οὐτιλίως,

mit anderen Worten, daß der Käufer dinglicher, wie der Käufer persönlicher Klagen ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones suo nomine* anzustellen im Stande ist.

Dieses einfache Ergebniß, welches die später zu erörternde und — wie hier im voraus bemerkt sein mag — zu verneinende Frage, ob die wirkliche oder fingirte Cession einer dinglichen Klage mit der *utilis actio suo nomine* ein f. g. *dominium utile* übertrage, völlig offen läßt, war nach Justinian's Worten schon zur Zeit der Constitution „*certi et indubitati juris*“. Wir dürfen deshalb erwarten, dasselbe auch im früheren Rechte anerkannt zu sehen. In der That findet sich eine Spur davon in der Erscheinung, daß für den Ehemann, welcher den ihm von einem dritten Proprietar zum Brautschatz bestellten Nießbrauch nach Trennung der Ehe der Frau zu restituiren hat, als Auskunftsmittel in Vorschlag gebracht werden von Marcellus: *cautiones interpositae, ut sicut potest vir, jure suo cedat mulieri fruique eam patiatur*⁴⁷⁾, und von Pomponius die *locatio und venditio nummo uno*⁴⁸⁾. Denn wenn Marcellus vorschlägt, der Mann solle Cautionen leisten, der Frau, so viel möglich (*sicut potest*), sein Recht abzutreten und den Fruchtgenuß zu gestatten, so ist die Caution wegen Gestattung des Fruchtgenusses, welche nach unverkennbarer Analogie der zur honorarrechtlichen Servituterrichtung dienenden *stipulationes und pactiones*⁴⁹⁾ im Anfange der Stelle näher dahin beschrieben wird: *ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredesque ejus*, nur geeignet, die Frau und deren Erben vor Störungen des Mannes, nicht vor Störungen Dritter zu schützen. Sichere Aussicht auf Schutz gegen Dritte wird erst erlangt durch die andere bei Cessionen überhaupt gebräuchliche⁵⁰⁾ Caution, daß der Mann so-

⁴⁵⁾ cf. tit. Dig. XVIII, 4. De hereditate vel actione vendita. —

— ⁴⁶⁾ Basil. XIX, 4 c. 32 (Heimb. II, p. 277) — *sicut personales actiones, ita et in rem actiones emere quis potest, easque utiliter movet.* — — ⁴⁷⁾ l. 57 D. sol. matr. (24. 3). — — ⁴⁸⁾ l. 66 fin. D. de jure dot. (23. 3). — — ⁴⁹⁾ Gaj. II, 31. 32. — §. 4 J. de servit. (2. 3), §. 1 J. de usufr. (2. 4), l. 3 pr., l. 25 §. 7 D. de usufr. (7. 1). Theophil. ad §. 4 J. de servit. (2. 3). — cf. Schmidt in Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 3 S. 268 ff. — — ⁵⁰⁾ Gaj. II, 252. Theophil. II, 23 §. 3. l. 69 D. de reiv. (6. 1). S. Th. II, Abth. 1, Kap. 3.

weit möglich der Frau sein Recht cedire; obwohl unter der bedungenen Cession nicht die an einen Anderen, als den Proprietar unstatthafte (in jure) cessio des Rechts selbst⁵¹⁾, sondern nur die Ertheilung des Mandats zur Anstellung der usufructus vindicatio verstanden sein kann; denn diese Cession verschafft der Frau wirklich so viel irgend thunlich die Befugnisse des Usufructuars, insbesondere die Fähigkeit, Dritte, sei es direct im Namen des Mannes, sei es utiliter im eignen Namen, zur Anerkennung des Rechtsverhältnisses zu zwingen.

Was aber das von Pomponius empfohlene remedium⁵²⁾ der Scheinverpachtung oder des Scheinverkaufs (nummo uno) anbetrifft, so soll dasselbe als eine gültige Form für die Eingehung eines andern ernstlich gemeinten Geschäfts⁵³⁾ ebenfalls bewirken, ut ipsum jus quidem remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Danach ist leicht zu ermeßen, worin der Unterschied einmal zwischen dem Rechtszustande der Frau mit oder ohne locatio und venditio nummo uno, sodann zwischen dem Rechtszustande der Frau mit locatio oder venditio nummo uno besteht.

Ohne locatio und venditio nummo uno ist die Frau auf die unvererbliche und nach einmaliger Anstellung processualisch consumirte actio rei uxoriae beschränkt; durch locatio oder venditio nummo uno dagegen mit einer neuen und unbedingt vererblichen Klage aus dem Contract zur Behauptung ihres Genußrechts gegen den eigentlichen Usufructuar versehen; so zwar, daß sie im Fall der locatio gleichsam als Pächterin nur gegen den Mann geschützt ist, gegen Dritte aber der wirklichen Cession der usufructus vindicatio bedarf⁵⁴⁾; im Fall der venditio nummo uno aber gleichsam als Käuferin (emtricis loco)⁵⁵⁾ nicht bloß gegen den Mann geschützt ist, sondern vermöge fingirter Cession auch unabhängig von dem ferneren Willen des Mannes gegen Dritte mit der utilis usufructus vindicatio suo nomine vorzugehen vermag.

⁵¹⁾ l. 66, l. 78 §. 2 D. de jure dot. (23. 3.) — cf. Huschke Stud. S. 210. not. 71. — ⁵²⁾ cf. l. 27 §. 5 fin. D. de reiv. (6. 1), l. 2 §. 1 D. de usufr. ear. rer. (7. 5), l. 65 D. de evict. (21. 2), l. 7 pr. D. de condit. et demonstr. (35. 1), l. 80 §. 1 D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 11 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 13 §. 10 D. de accept. (46. 4), v. Meyerfeldt Schenk. Th. 1 §. 11 nr. 4 not. c. — §. 13 nr. 16 not. *. — §. 17 nr. 3. — — ⁵³⁾ Gaj. I, 119. — II, 252. — Theophil. II, 23 §. 3. — v. Marini papiri, annot. nr. 114 not. 18. — Orelli inser. II (1828). — Nicht widersprechend ist l. 46 D. loc. (19. 2), l. 10 §. 2 D. de acquir. rer. dom. (41. 2), cf. l. 52 D. de don. int. V. et U. (24. 1). — v. Meyerfeldt a. a. O. §. 7 nr. 11 not. 102 ff. — ⁵⁴⁾ l. 24 §. 8 D. locati (19. 2). — — ⁵⁵⁾ Gaj. II, 252 — emtoris loco

Pomponius wie Marcellus denkt also die Cessio der ususfructus vindicatio als dasjenige Mittel, welches der Frau den Genuß des ihr vom Manne als dos restituirten Nießbrauchs sichern könne. Beide Rechtslehrer glauben aber den durch die Cessio bezweckten Erfolg noch besonders sichern zu müssen; Marcellus durch Cautionen, Pomponius durch Scheincontracte und insbesondere durch den gleich dem wirklichen Verkaufe sofort ohne Cessio, wie wenn cedirt wäre, der Frau eine utilis in rem actio zu Gebote stellenden Scheinverkauf. Pomponius stützt sich dabei auf das entwickelte neuere, Marcellus auf das unentwickelte ältere Recht; welches beides erklärlich ist, wenn man erwägt, daß es zwei Rechtslehrer des Namens Pomponius gegeben haben wird⁵⁶⁾, von denen der Jüngere, welcher den unter Mark Aurel und Commodus lebenden Marcellus citirt⁵⁷⁾, nach dem Bericht des Lampridius⁵⁸⁾ als „juris peritissimus“ unter Alexander Sever blühte, der Aeltere dagegen, zu welchem Marcellus Noten schrieb⁵⁹⁾, dem Marcellus der Zeit nach vorhergegangen sein muß.

Daß übrigens wie der Scheinverkauf noch mehr der wirkliche Verkauf des Nießbrauchs die eventuelle vindicatio ususfructus mittelst fingirter Cession als utilis actio vom verkaufenden Nugnießer auf den Käufer überträgt, folgt hiernach von selbst, wird aber auch später noch besonders nachgewiesen werden⁶⁰⁾.

Der Verkäufer dinglicher und persönlicher Klagen befindet sich hiernach in einer weit ungünstigeren Lage, als der Verkäufer körperlicher Sachen. Während dieser bis zur Befriedigung die verkauften Gegenstände retiniren kann⁶¹⁾ und selbst durch Tradition deren Eigentum noch nicht verliert⁶²⁾, entbehrt jener jedes analogen Schutzmittels, indem sofort mit dem Abschluß des Kaufcontractes die verkauften Klagen zu ausschließlich eigener Geltendmachung auf den Käufer übergehen, mag der Kaufpreis gezahlt, beziehungsweise creditirt sein, oder nicht. Freilich behält der Verkäufer das Recht, bis zu seiner Befriedigung das wirkliche mandatum agendi zurückzuhalten und dadurch den Käufer am Klagen im fremden Namen zu hindern; allein dieses Recht ist praktisch so belangarm und werthlos, daß Scävola dasselbe bei dem hinsichtlich der erbbaufälligen Klagen mit dem Forderungsverkäufer in gleicher Verdamnuß befindlichen Erbschaftsverkäufer nicht einmal der Erwähnung würdigt⁶³⁾. Will der Forderungsverkäufer

⁵⁶⁾ Zimmern Rechtsgesch. Th. 1 S. 337 ff. — — ⁵⁷⁾ l. 10 D. de pecul. castr. (49. 17). — — ⁵⁸⁾ cap. 68. — — ⁵⁹⁾ l. 16 D. qui testam. fac. poss. (28. 1), l. 63 D. de acquir. et amitt. her. (29. 2). — — ⁶⁰⁾ cf. l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). Marcian. . . . nam et emtorem ususfructus tuetur Praetor . . . — — ⁶¹⁾ S. S. 196 not. 10. — — ⁶²⁾ S. S. 49 not. 61. — — ⁶³⁾ l. 22 D. de her. vel act. (18. 4). S. S. 196 not. 11.

wegen der Gegenleistung gesichert sein, so bleibt ihm nichts übrig, als sich den einredereien Gebrauch der verkauften (*directae*) *actiones* bis zur Befriedigung besonders vorzubehalten⁶⁴), und diesen Vorbehalt dem *Cessus* zu eröffnen⁶⁵), denn unter dieser Voraussetzung ist der *Cessus* allerdings einerseits nicht berechtigt, sich der ihm sonst gegen die *directae actiones* des Verkäufers zustehenden *exceptio doli* zu bedienen, andererseits nicht verpflichtet, auf die nicht unbedingt erworbenen *utiles actiones* des Käufers sich einzulassen. Ohne solchen im Verkehr häufigen Vorbehalt »des Eigenthums der Forderung«, wie er genannt zu werden pflegt, ist es nur die *lex Anastasiana*, welche wenigstens in dem wichtigsten Falle verkaufter Geldforderungen dadurch Hülfe gewährt, daß sie dem Käufer vor dem Beweise gezahlter *Valuta* jedes Klagerecht gegen den *Cessus* versagt⁶⁶); eine Bestimmung, welche ohne Zweifel mit veranlaßt ist durch das dringende Bedürfnis, dem Verkäufer nicht bloß zufolge besonderer Verabredung, sondern schon zufolge allgemein gesetzlicher Anordnung wegen der Gegenleistung Sicherung zu verschaffen.

Viele neuere Rechtslehrer sind zwar bemühet, mit mehr oder weniger Abweichungen, auch abgesehen von der *lex Anastasiana*, den Forderungsverkäufer dem Sachverkäufer gleich zu behandeln⁶⁷). Ihre Bemühungen scheitern jedoch an dem nun einmal nicht zu leugnenden *Sake*, daß das röm. Recht — ob zweckmäßig oder unzweckmäßig, ist hier nicht in Frage — mit dem Abschluß des Kaufcontracts die fingirte *Cession* der verkauften Klagen verknüpft hat; denn wenn man auch allenfalls die wirkliche oder fingirte *Cession* in ihren Wirkungen der Tradition vergleichen könnte, so würde doch immer zu beachten sein, daß auch die Tradition schon ohne *solutio* oder *satisfactio* dem Käufer die *Publiciana actio*⁶⁸) und damit ein gegen Dritte wirksames Klagerecht einräumt, welchem die auf wirkliche oder fingirte *Cession* gestützten *utiles actiones* gleichzustellen wären. Als wirklich verlässliches Sicherungsmittel des Forderungsverkäufers ist also außer der *lex Anastasiana* doch wohl nur der oben erwähnte Vorbehalt anzusehen.

3. Die Mitgift einer Forderung.

Der Ehemann konnte aus dem durch *stipulatio*, *dictio* oder — was das spätere Recht anlangt — durch *pollicitatio*⁶⁹) ihm geleisteten

⁶⁴) l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). §. 24. — — ⁶⁵) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14), l. 28 D. de procur. (3. 3). — — ⁶⁶) §. 37 f. — — ⁶⁷) Olea lib. VIII, qu. 1. — Lenz cap. VII, membr. II. III. — Rühlensbr. Cess. §. 456. — Fuchta im Rechtslexic. Bd. 3 §. 640 f. — Buchner und Hoffmann im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 5, Nr. VI, §. 161—187. — — ⁶⁸) l. 8 D. de Publ. act. (6. 2). — — ⁶⁹) l. 4, l. 6 C. de dotis promissione vel nuda pollicitatione (5. 11). l. 25 C. ad Sct. Vellej. (4. 29) . . si quis dotem — pollicitus sit vel sponderit.

Versprechen, eine Forderung zur Mitgift zu erhalten, ohne Zweifel die Cessio der Forderung gerichtlich erzwingen⁷⁰⁾, bedurfte aber noch zu Paulus Zeiten eines wirklichen Auftrags, um gegen den *debitor cessus* klagen zu können⁷¹⁾. Später erhielt er jedoch nach Analogie des Forderungskäufers gleich durch fingirte Cessio Klagerrechte gegen den *debitor cessus*; denn im Jahre 261 rescribiren die Kaiser Valerianus und Gallienus, daß dem Ehemanne, welcher Forderungen zum Brautschaz empfangen habe, *ad similitudinem ejus, qui nomen emerit*, durch häufige Rescripte ohne wirkliche Cessio *utiles actiones* seien bewilligt worden⁷²⁾, und die Basilikenscholie bestätigt überdies, daß das Vorrecht hier, wie anderwärts, außer der Hauptforderung auch deren Nebenforderungen umfasse⁷³⁾.

4. Die Hingabe einer Forderung an Zahlungs Statt.

Wenn der Schuldner an Zahlungs Statt eine Forderung zu cediren verspricht, so konnte die Erfüllung des in Stipulationsform gekleideten Versprechens durch die *actio ex stipulatu*, die Erfüllung der formlos geleisteten Zusage wenigstens dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger die ursprüngliche Schuldklage aufstellte und der *exceptio pacti*⁷⁴⁾ die *replicatio doli*⁷⁵⁾ so lange entgegensezte, bis der Schuldner die statt der Zahlung versprochene Cessio erteilte. Ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian giebt indeß dem Gläubiger das Recht, auch ohne Cessio, wie wenn cedirt wäre, an Zahlungs Statt empfangene Forderungen als *utiles actiones suo nomine* zu verfolgen⁷⁶⁾. Man könnte zwar zweifeln, ob nicht schon in früherer Zeit das Vorrecht eingeführt worden sei; allein folgende Thatfachen stellen das Gegentheil fest. Erstens verlangt Scävola, welcher dem wegen Rückgabe der *dos* auf das Erschwingliche verurtheilten Ehemanne gestattet, der Frau bis zum Betrage der *dos* Forderungen in *solutum* zu geben, zu dem Ende ein wirkliches *mandatum agendi*⁷⁷⁾, welches erst die Basilikenscholie mit Beziehung auf

⁷⁰⁾ l. 69 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). — — ⁷¹⁾ l. 49 D. solut. matr. (24. 3), Paul. lib. 7 Respons. — Respondi, potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt, debitorem convenire. — — ⁷²⁾ l. 2 C. de O. et A. (4. 10). — Nach Justinian. Recht auch l. 16 D. de fundo dot. (23. 5). — Schol. 2 zu Basil. XIV, 1 c. 83 (Heimb. II, p. 149). — Schol. 1 fin. zu Basil. XXIII, 1 c. 35 (Heimb. II, p. 629). — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 1 c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.). — — ⁷³⁾ Schol. 1 zu Basil. XXIV, 1 c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.). — — ⁷⁴⁾ l. 96 §. 2 D. de solut. (46. 3). — — ⁷⁵⁾ l. 28 C. de transact. (2. 4). — — ⁷⁶⁾ l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). — — ⁷⁷⁾ l. 43 D. solut. matr. (24. 3), Scaevola lib. 2 Quaestionum. — Si maritus in id, quod facere potest, condemnatus sit, et nomina sint; ad dotis quantitatem, neque amplius, necesse habebit mandare actiones. — cf. Basil. XXVIII, 8 c. 41 und Schol. 1 (Heimb. III, p. 278).

das oberwähnte Rescript für erläßlich erklärt ⁷⁸⁾. Zweitens erwähnen sogar noch Gordian in den Jahren 240 ⁷⁹⁾ und 243 ⁸⁰⁾, und selbst Diocletian und Maximian im Jahre 293 ⁸¹⁾ für Fälle von Forderungshingaben an Zahlungs Statt das *mandatum agendi* in einer auf die Nothwendigkeit desselben hindeutenden Weise, und drittens bestätigen die griechischen Scholiasten ausdrücklich, daß die *datio in solutum* vor dem Rescripte des Jahres 294 ohne Mandat *utiles actiones suo nomine* nicht übertragen habe ⁸²⁾.

5. Das Vermächtniß einer Forderung.

Das Forderungsvermächtniß befugt den Bedachten, durch Klage gegen den Beschwerten die Cession der vermachten Forderung zu erzwingen, mag das Vermächtniß in Form des Legats ⁸³⁾ oder in Form des Fideicommisses ⁸⁴⁾ ausgesetzt sein. Das Fideicommiss, als freieres Geschäft, gestattet aber schon zur classischen Zeit das wirkliche *mandatum agendi* durch die Fiction desselben zu ersetzen, während das Legat als strengeres Geschäft sich erst unter Diocletian und Maximian zu gleicher Milde erhebt.

Was

a. das Fideicommiss betrifft, so spricht für unsere Ansicht eine Reihe von Stellen, welche jedem anderen Verständniß unüberwindliche Schwierigkeiten entgegensetzen ⁸⁵⁾, in der angegebenen Weise aber vollkommen befriedigend erklärt werden können. Dahin gehört vor Allem folgendes Bruchstück:

Ulpianus lib. 50 ad Sabinum ⁸⁶⁾.

Si quis ita stipulatus sit: „post mortem meam filiae meae dari,“ vel ita: „post mortem filiae meae mihi dari“: utiliter erit stipulatus; sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat.

Ulpian hält es für gültige Stipulationen, mag der Vater stipuliren, daß nach seinem Tode seiner Tochter gegeben werde, oder daß nach dem Tode seiner Tochter ihm gegeben werde. Die Gültigkeit der zweiten Stipulation hat nichts Auffallendes; die Gültigkeit der ersten Stipulation dagegen befremdet in doppelter Hinsicht. Erstens

⁷⁸⁾ Schol. 2 zu Basil. XXVIII, 8 c. 41 (Heimb. III, p. 278). — —

⁷⁹⁾ l. 3 C. de novat. et deleg. (8. 42). — — ⁸⁰⁾ l. 1 C. de O. et A. (4. 10) in Verbindung m. Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 20 sq.). — — ⁸¹⁾ l. 6 C. de O. et A. (4. 10). — — ⁸²⁾ Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 11 (Heimb. III, p. 23). — Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — ⁸³⁾ §. 21 D. de legat. (2. 20), l. 44 §. 6, l. 75 §. 2 D. de legat. I (30). — — ⁸⁴⁾ l. 77 §. 9 D. de legat. II (31), l. 11 §. 13 D. de legat. III (32), l. 23 pr. D. de pecul. legato (33. 8), l. 108 §. 13 D. de legat. I (30), cf. l. 7, l. 24 §. 2, l. 42 D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁸⁵⁾ cf. Faber conject. XIX, 17. 18. — I, 14. — — ⁸⁶⁾ l. 45 §. 2 D. de V. O. (45. 1).

insofern, als die Beziehung auf den Namen der Tochter der Regel zu widersprechen scheint, daß Niemand einer dritten Person gültig stipuliren kann⁸⁷⁾. Dieses Befremden weicht indeß bald der Erwägung, daß die Tochter als Haustochter gedacht sein wird, da bekanntlich zwar nicht der Vater für die Haustochter, wohl aber die Haustochter für den Vater erwirbt⁸⁸⁾ und die vom Hausvater auf den Namen eines Hauskinds mit der vom Hausvater auf den eignen Namen gestellten Stipulation gleiche Wirksamkeit theilt⁸⁹⁾. Je gewisser aber die auf den Namen der Tochter gestellte Stipulation wie eine vom Vater auf den eignen Namen gestellte zu betrachten ist, desto größer wird zweitens das Befremden, daß die Stipulation gültig auf die Zeit nach dem Tode des Vaters soll gerichtet sein dürfen, obgleich das Vorjustinianische Recht alle dergleichen erst nach dem Tode des Stipulator oder Promissor zu erfüllende Stipulationen für nichtig erklärt⁹⁰⁾. In der That ist dieses Bedenken nur von dem einzigen Standpunkte aus zu beseitigen, daß man den Worten des Vaters, welche den Gegenstand der Stipulation nach des Vaters Tode der Tochter zuwenden, die Bedeutung einer zu Gunsten der Tochter getroffenen fideicommissarischen Bestimmung zuschreibt⁹¹⁾. Die Formlosigkeit der Bestimmung ist kein Hinderniß, da zu Ulpian's Zeit theils überhaupt⁹²⁾, theils ganz besonders zu Gunsten der eignen Kinder⁹³⁾ durch jede noch so formlose Willenserklärung, und nach einem Rescripte Antonin's des Frommen insbesondere auch durch eine einfache Anweisung des Gläubigers an den Schuldner, die Schuld nach seinem, des Gläubigers, Tode, einem Dritten zu bezahlen, zu Gunsten dieses Dritten ein Fideicommiß errichtet werden konnte⁹⁴⁾; non enim quaeritur, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur⁹⁵⁾. Freilich construirte Antonin der

⁸⁷⁾ C. §. 28. — — ⁸⁸⁾ l. 7 D. de pact. dotal. (23. 4). — — ⁸⁹⁾ l. 2 C. de contrah. stipul. (8. 38), §. 4 fin. J. de inutil. stip. (3. 20), l. 39, l. 56 §. 2. 3, l. 130 D. de V. O. (45. 1). — — ⁹⁰⁾ Gaj. III, 100. 117. 119. 158 (cf. Gushke Stud. S. 279 ff.). — l. 10 C. Th. (ed. Wenck et Haenel) de divers. reser. (1. 2), §. 13 J. de inutil. stip. (3. 20), l. 11 C. de contrah. et comm. stip. (8. 38), l. un. C. ut act. ab hered. (4. 11), l. 137 §. 8 D. de V. O. (45. 1). — — ⁹¹⁾ cf. l. 40 §. 3 D. de pact. (2. 14) — in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur. — — ⁹²⁾ Ulp. fr. XX, 3. — l. 21 pr. D. de legat. III (32), l. 5 C. ad Scit. Trebell. (6. 49), l. 5 §. 1 D. de re jud. (42. 1), l. 22 C. de fideic. (6. 22), l. 20 §. 3 D. fam. herc. (10. 2), §. 3 J. de codic. (2. 25), Theophil. ad h. l. — l. 39 §. 1 D. de legat. III (32). — cf. Glück Comment. Bd. 44 S. 353 ff., auch S. 349 ff. — — ⁹³⁾ Paul. sent. rec. IV, 1 §. 11. — — ⁹⁴⁾ l. 77 D. de legat. I (30), l. 37 §. 3. 5 D. de legat. III (32), l. 11 D. de dote praeleg. (33. 4). — — ⁹⁵⁾ l. 77 §. 26 D. de legat. II (31).

Fromme das letztgedachte Rechtsverhältniß Anfangs so, daß er in der Anweisung gleichzeitig eine Auflage an den Erben erblickte, dem Schuldner die Schuld zu erlassen, und eine Auflage an den Schuldner, die *ope exceptionis doli* dem Erben gegenüber aufgehobene Schuld⁹⁶⁾ dem Dritten als Fideicommissschuld zu zahlen. Allein schon Africanus leitet aus der zunächst dem Schuldner gemachten Auflage für den Fideicommissar das Recht ab, mit der *petitio fideicommissi* nach seiner Wahl vom Schuldner Zahlung der Fideicommissschuld, oder vom Erben Cession der gegen den Schuldner ursprünglich begründeten Klagen zu fordern⁹⁷⁾. Es ist also nur ein kleiner Schritt weiter, die erzwingbare Cession sofort als geschehen anzunehmen und dem Fideicommissar ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, die Klagen des Erben gegen den Schuldner als *utiles actiones* zu gewähren. Diesen Schritt thut Ulpian, indem er der Tochter, welcher ihr Vater auf die Zeit nach seinem Tode eine *datio stipulirt* hat, ohne Weiteres eine *utilis ex stipulatu actio* gegen den Promissor verleiht, obwohl sie nicht Erbin ihres Vaters geworden ist. Es entsteht auf diese Weise ein Rechtsverhältniß, welches der Regel, daß Obligationen nicht von den Erben beginnen sollen, nicht widerspricht; denn die Obligation ist sofort mit dem Abschlusse der Stipulation in der Person des Hausvaters begründet und nur in der Geltendmachung zu Gunsten der Tochter bis nach des Vaters Tode hinausgeschoben, was keinerlei Bedenken unterliegt⁹⁸⁾.

Wenn dessenungeachtet Mühlenbruch⁹⁹⁾ und Buchta¹⁰⁰⁾, Donellus¹⁰¹⁾, Giphanius¹⁰²⁾, A. Faber¹⁰³⁾ und Roodt¹⁰⁴⁾ das Ulpian'sche Bruchstück als ein *jus singulare* auf die *restitutio dotis* beziehen, so übersehen sie, daß theils die scheinbar ähnlichen auf die *restitutio dotis* bezüglichen Stellen nach richtiger Erklärung überall keine zutreffende Analogie gewähren¹⁰⁵⁾, theils Ulpian's allgemeiner Ausdruck für eine Beschränkung der Art nicht den geringsten Anhalt darbietet, theils endlich, ganz abgesehen davon, die Annahme willkürlicher Ausnahmebestimmungen unter allen die mißlichste Zuflucht ist, zu der nur im äußersten Nothfall gegriffen werden darf. Unsere Auslegung des Ulpian'schen Bruchstücks ist frei von solchen Ausstellungen und wird überdies unterstützt durch nachstehende fernere Quellenzeugnisse:

⁹⁶⁾ l. 8 §. 1 D. de doli mali exc. (44. 4). — — ⁹⁷⁾ l. 108 §. 13 D. de legat. I (30). — — ⁹⁸⁾ l. 213 D. de V. S. (50. 16). — — ⁹⁹⁾ Cession §. 10 S. 96 not. 197. — — ¹⁰⁰⁾ Stellvertretung u. S. 96 not. — — ¹⁰¹⁾ ad leg. 38 §. 17 D. de V. O. (45. 1) Nr. 59. — — ¹⁰²⁾ ad leg. 11 D. de O. et A. (44. 7) Nr. 9 (lectur. Altorph. p. 564). — — ¹⁰³⁾ Conject. XIX, 17. — — ¹⁰⁴⁾ de pact. et transact. (opp. I, p. 479). — — ¹⁰⁵⁾ l. 40 D. solut. matr. (24. 3), l. 7 C. de pact. conv. (5. 14), l. 45 D. sol. matr. (21. 3). — S. §§. 42. 46.

Pomponius lib. 16 ad Sabinum¹⁰⁶).

Si ita conveniat: „Ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero; si mortuo, filio ejus; si filio quoque defuncto, totum suo heredi reddatur“: benigna interpretatione potest defendi, utilem stipulationem esse.

Africanus lib. 7 Quaestionum¹⁰⁷).

Pater, cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est: „Ut mortua filia, uno pluribusve liberis superstitibus, deducta parte tertia, reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis, quos in potestate habebat, reddatur“: deinde haec ita fieri stipulatus est: post mortem ejus mulier in matrimonio decesserat relictis filiis. Quaesitum est, an ex stipulatione duas partes illi petere possint? Respondi, posse: etenim vim ejus stipulationis hanc esse, ut si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur: et perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset: „Si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?“ nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi.

Was die erste Stelle anlangt, so setzen die Basiliken¹⁰⁸) außer Zweifel, daß unter dem Sohne der Sohn des dotirenden Vaters, nicht mit Buchka¹⁰⁹) der Sohn der dotirten Tochter zu verstehen ist, und daß die von Pomponius vertheidigte Wirksamkeit der Stipulation auf den Sohn ausgedehnt werden muß, nicht mit A. Faber¹¹⁰) durch eine völlig unbefriedigende Auslegung auf den Vater und dessen Erben beschränkt werden darf. Nun fällt es zwar nicht auf, daß die Stipulation außer dem Stipulator auch auf dessen Erben gestellt ist¹¹¹); es befremdet aber, daß die Stipulation nach dem Tode des Stipulators vor den Erben dessen Sohne zu Gute kommen soll, obschon unverbrüchlichen Rechts ist: quod dari nobis stipulamur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse, omnibus acquiri¹¹²); weshalb der Sohn nicht einmal, wenn er zu den Erben gehören sollte, geschweige ohne diese durch seine Sylbe angedeutete und daher auch nicht für unerläßlich zu erachtende Voraussetzung, die ganze Stipulationsforderung direct erlangen könnte. Gleichwohl soll der Erwerb der Stipulationsforderung dem Sohne nach des

¹⁰⁶) l. 9 D. de pact. dot. (23. 4). — — ¹⁰⁷) l. 23 D. de pact. dotal. (23. 4). — cf. Cujac. in tractat. ad African. VII ad h. l. (opp. I, p. 1395 sq.). — — ¹⁰⁸) Basil. XXIX, 5 c. 9 (Heimb. III, p. 469). — — ¹⁰⁹) Stellvertret. §. 96 not. — — ¹¹⁰) Conject. jur. civ. XIX, 17. — — ¹¹¹) l. 33 §. 12. 14 D. de V. O. (45. 1), l. 33 D. de pact. (2. 14). — — ¹¹²) l. 137 §. 8 D. de V. O. (45. 1), cf. l. 56 §. 1 D. eod.

Schmidt. Cessionslehre.

Vaters Tode durch eine *benigna interpretatio* möglich gemacht werden. Eine *benigna interpretatio*, als namentlich bei letztwilligen Bestimmungen Platz greifend ¹¹³⁾, führt nämlich im vorliegenden Falle zur Annahme eines *fideicommisses* ¹¹⁴⁾, welches die dem stipulirenden Vater und dessen Erben direct erworbene Stipulationsforderung nach dem Tode des Vaters dem Sohne hat zuwenden wollen, daher nach dem Tode des Vaters den Sohn berechtigt, soweit er nicht Erbe geworden, entweder mit der *petitio fideicommissi* von den Erben die Cession der Stipulationsforderung zu verlangen, oder aber gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine *utilis ex stipulatu actio* gegen den Gemann seiner verstorbenen Schwester anzustellen.

Diese Erklärung läßt die Stipulation des Vaters auch für den Sohn wirksam (*utilis*) erscheinen, ohne den Stipulationen zu Gunsten Dritter und den erst nach des Stipulators Tode zu erfüllenden Stipulationen die grundsätzliche Nichtigkeit zu benehmen, und steht überdies im vollsten Einklange mit dem Inhalte des zweiten Bruchstücks, wenn man von der lediglich durch Willkür in das letztere hineingetragenen Voraussetzung eines griechischen Scholiasten abstieht, daß die Söhne, denen der Vater nach seinem Tode zwei Drittel der dos zuwenden wollte, dessen Erben geworden seien ¹¹⁵⁾.

Der Vater, welcher bei Dotirung seiner Tochter stipulirt, daß die dos nach dem Tode der mit Hinterlassung von Kindern versterbenden Tochter zu einem Drittel für die Kinder bei deren Vater verbleiben, zu zwei Dritteln dagegen an ihn, den Stipulator, selbst oder nach seinem Tode an diesen oder jenen seiner in der Gewalt befindlichen Söhne herausgegeben werden solle, verschafft seinen Söhnen auf zwei Drittel der dos ein wirksames Klagerecht aus dem Vertrage (*διὰ τῆς ἐπὶ τῷ συμφώνῳ ἐγωνῆς*) ¹¹⁶⁾, wenn die Tochter mit Hinterlassung von Kindern in der Ehe verstirbt, mag der Tod der Tochter vor oder nach dem Tode des Vaters eintreten; denn — meint *Africannus* — der Schwerpunkt der Stipulation beruht darauf, daß die Rückgabe der dos für den Fall des in der Ehe erfolgten Todes der Tochter dem Vater bedungen ist. Die Stipulation ist daher ebenso aufzufassen, wie eine Stipulation des Inhalts: »Versprichst du mir oder nach meinem Tode dem *Lucius Titius* etwas zu geben, wenn das Schiff von *Asien* ankommt?«, woraus

¹¹³⁾ l. 24 D. de rob. dub. (34. 5), l. 12 D. de reg. jur. (50. 17), l. 12 §. 2 D. de usu et hab. (7. 8). — — ¹¹⁴⁾ cf. l. 40 §. 3 D. de pact. (2. 14) — in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur. — — ¹¹⁵⁾ Schol. l. 2 zu Basil. XXIX, 5 c. 21 (Heimb. III, p. 471). — — ¹¹⁶⁾ Basil. XXIX, 5 c. 21 (Heimb. III, p. 471) . . actione de pacto competente.

der Erbe des Stipulators eine Stipulationsklage erlangt, mag das Schiff vor oder erst nach des Stipulators Tode eintreffen ¹¹⁷⁾).

Soll diese Auslegung African's wirklich das im Anfange der Stelle den Söhnen des stipulirenden Vaters ohne Rücksicht auf deren etwaige Erbenqualität zugesprochene Klagerecht aus der Stipulation erklären, so kann man nicht umhin, anzunehmen, daß die auf den Todesfall des Stipulators geschehene Zuweisung der Stipulationsklage in der letzterwähnten Stipulation an den Lucius Titius, und in der ersterwähnten Stipulation an diesen oder jenen Sohn des Stipulators, eine als Fideicommiß wirkfame Aeußerung des letzten Willens enthalte, welche dem Bedachten Recht und Macht gebe, das gleich Anfangs in der Person des Erblassers bedingt begründete Klagerecht nach dessen Uebergange auf die Erben von diesen sich abtreten zu lassen, oder, sofern es beim Erblasser, beziehungsweise bei den Erben durch Eintritt der Bedingung unbedingt geworden sei, nach des Erblassers Tode gleich ohne Cession, wie wenn edirt wäre, als *utilis actio ex stipulatu* gegen den Promissor geltend zu machen; denn nur auf diesem Wege ¹¹⁸⁾ ist der auf den ersten Blick durchaus überraschende Widerspruch zu lösen, daß Africanus im Fall des erst nach dem Tode des Vaters erfolgten Todes der dotirten Tochter den Söhnen aus der väterlichen Stipulation ein Klagerecht — nämlich als *utilis actio* — gegen ihren Schwager einräumt, weil die Erben des Vaters aus dessen Stipulation durch den in der Ehe erfolgten Tod der dotirten Tochter ein unbedingtes Forderungsrecht — nämlich als *directa actio* — gegen den Schwager erlangt haben.

Africanus setzt also die auf fingirter Cession beruhende Uebertragung der im Stipulator und dessen Erben begründeten Klagerechte auf die Person des Fideicommissars ohne Weiteres voraus, und ist nur bemühet, zu zeigen, daß im Stipulator, beziehungsweise in dessen Erben wirklich ein verfolgbares Klagerecht sei begründet worden, welches auf den Fideicommissar habe übertragen werden können. Seine Deduction bildet auf diese Weise das Gegenstück zu mehreren Entscheidungen, welche dem Fideicommissar deshalb eine *utilis actio* absprechen, weil durch das betreffende Geschäft in der Person des Erblassers und der Erben überhaupt kein Klagerecht zu Stande gekommen, mithin kein Gegenstand wirklicher oder fingirter Cession vorhanden gewesen ist. Dahin gehören beispielsweise folgende Fälle:

Erstens ¹¹⁹⁾. Ein Chemann, welcher gegen das gesetzliche Ver-

¹¹⁷⁾ §. 4 J. de verb. oblig. (3. 16). — ¹¹⁸⁾ Gutschke's Meinung (Studien S. 279 not. 105), daß die Söhne bloß *solutionis causa adjecti* seien, ist offenbar irrig. — ¹¹⁹⁾ l. 77 §. 5 D. de legat. II (31). — cf. Cujac. ad lib. 8 Respons. Papiniani. (opp. IV, p. 1147 sq.).

bot ein Totalgrundstück verkauft hat, vermacht der Ehefrau ein Legat und legt außerdem (*amplius*)¹²⁰⁾ zu Gunsten der Ehefrau dem Käufer des Grundstücks das Fideicommiß auf, den noch unbezahlten Kaufpreis an die Frau abzuführen. Hier ist gegen den Käufer, welcher von Seiten der Frau der Vindication des Grundstücks ausgesetzt ist¹²¹⁾, keine wirksame Kaufforderung begründet¹²²⁾; das Fideicommiß also ungültig; denn *cui nihil dederis, non est recipiendum, ut eum rogando obliges*¹²³⁾. Nur sofern die Frau das ihr vom Manne hinterlassene Legat angenommen und dadurch den letzten Willen des Mannes überhaupt anerkannt hat, würde sie dolos verfahren, wenn sie demselben hinsichtlich des Fideicommisses entgegenhandeln und statt das Kaufgeld anzunehmen, das Totalgrundstück vindiciren wollte. Der Käufer würde daher der Vindication der Frau unter dieser Voraussetzung mit dem Anerbieten des Kaufpreises die *exceptio doli* opponiren dürfen.

Zweitens¹²⁴⁾. Eine Braut hat dem Stipulationsversprechen der *dos* das *pactum* beigelegt, daß die *dos* nach ihrem in der Ehe erfolgten kinderlosen Tode ihrer Mutter zurückgegeben werden solle. Hier erzeugt das *pactum* aus dem doppelten Grunde keine Klage, weil es auf den Namen eines Dritten gestellt¹²⁵⁾, und weil es nicht einer Realleistung, sondern nur einer *promissio* hinzugethan ist¹²⁶⁾. Folgeweise kann auch nach dem Tode der pactisirenden Tochter auf deren Mutter keine *utilis actio* kraft Fideicommisses übergehen.

Drittens¹²⁷⁾. Es hat Jemand bei Uebergabe der *dos* mit dem Ehe manne die Uebereinkunft getroffen, daß nach seinem, des dotirenden Patriscenten, Tode die *dos* an einen mit ihm durch väterliche Gewalt nicht verbundenen Dritten zurückgegeben werde. Ist diese Uebereinkunft vom Vater der dotirten Tochter getroffen, so leidet sie nach Vorjustinianischem Rechte schon deshalb an Nichtigkeit, weil dem dotirenden Vater ausnahmsweise versagt war, durch ein der Uebergabe der *dos* beigelegtes *pactum* eine *actio praescriptis verbis* zu begründen¹²⁸⁾. Ist die Uebereinkunft aber auch nicht vom Vater der dotirten Tochter, sondern von der gewaltfreien Tochter selbst, oder von einem dotirenden Dritten getroffen, so war sie nach Vorjustinianischem Rechte

¹²⁰⁾ l. 3 D. de dote praeleg. (33. 4), l. 108 §. 7 D. de legat. I (30). — — ¹²¹⁾ l. 3 C. de reiv. (3. 32) mit Schol. 190 zu Basil. XV, 1 c. 83 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 36). — l. 7 C. ad Scit. Vellej. (4. 29). — ¹²²⁾ l. 5, l. 27 C. de evict. (8. 45). — — ¹²³⁾ l. 6 fin. D. de legat. III (32). — — ¹²⁴⁾ l. 26 §. 4 D. de pact. dotat. (23. 4). — cf. Basil. XXIX, 5 c. 24 §. 4 u. Schol. 2 (Heimb. III, p. 473). — — ¹²⁵⁾ §. 38. — — ¹²⁶⁾ l. 7 §. 2. 4 D. de pact. (2. 14), l. 1 C. de pact. conv. (5. 14), l. 10 C. de pact. (2. 3). — — ¹²⁷⁾ l. 59 §. 1 D. ad Scit. Trebell. (36. 1), l. 4 C. de pact. conv. (5. 14), l. 19 C. de jure dot. (5. 13). — — ¹²⁸⁾ l. 6 C. de jure dot. (5. 13). §. 46.

dennoch nichtig, weil Klagen nicht erst von den Erben beginnen dürfen¹²⁹⁾ und die durch das pactum verabredete Rückforderungsklage ausdrücklich erst nach des Paciscenten Tode ihren Anfang nehmen soll. Das Justinianische Recht hat zwar beide Beschränkungen aufgehoben und gestattet, sowohl daß der verstorbene Vater durch das der Uebergabe der dos beigefügte pactum eine actio praeser. verb. begründe¹³⁰⁾, als auch daß von den Erben Klagerrechte beginnen¹³¹⁾; allein die fraglichen pacta sind beßungeachtet selbst nach Justinianischem Rechte zur Hervorbringung eines Klagerrechts untauglich, weil sie auf den Namen eines Dritten gestellt sind¹³²⁾, und dieser auch im Vorjustinianischen Rechte den übrigen Nichtigkeitsgründen noch hinzukommende Nichtigkeitsgrund im Justinianischen Rechte nicht aufgehoben worden ist.

Freilich findet sich gerade bei Realcontracten die Ausnahme, daß der Contrahent gleich bei Eingehung des Contracts anstatt seiner einen Dritten als die zur Entgegennahme der bedungenen Leistung ausschließlich berechtigte Person bezeichnen darf, da angenommen wird, der Contrahent habe für sich selbst eine directe Contractsklage begründen wollen, die dann von ihm auf den Dritten durch fingirte Cession als utilis actio übertragen wird¹³³⁾. Auch diese Ausnahme setzt jedoch voraus, daß der Contrahent wirklich gewillt gewesen sei, selbst ein Klagerrecht zu erwerben; welcher Wille aber gerade dann vermißt wird, wenn nach des Contrahenten Bestimmung die durch die Vorleistung bewirkte Verpflichtung zur Gegenleistung erst nach seinem Tode beginnen soll, und zwar gar nicht für seine Erben, sondern lediglich für einen Dritten. Die Compileren haben also Recht, ungeachtet obiger Ausnahme aus den hier in Frage stehenden Realcontracten dem Fideicommissar eine utilis actio abzuschlagen, weil die mit dem Fideicommiß belasteten Erben keine directa actio überkommen haben, welche durch fingirte Cession auf den Fideicommissar hätte übertragen werden können.

Demnach dürfen wir trotz dieser Bestimmungen annehmen, daß der Testator schon zur Zeit der Pandectenschriftsteller im Stande gewesen sei, eine bei seinen Lebzeiten für ihn begründete Forderung durch Fideicommiß mit der Wirkung zu vermachen, daß dem Fideicommissar auch ohne Cession der Erben, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones

¹²⁹⁾ Gaj. III, 100. 117. 119. 158. — §. 13 J. de inutil. stipul. (3. 20), Theophil. ad h. l. Epitome Gaj. II, 9 §. 7. — ¹³⁰⁾ C. §. 46. — ¹³¹⁾ l. un. C. ut ab hered. (4. 11), l. 11 C. de contrah. stipul. (8. 38), §. 13 J. de inutil. stipul. (3. 20). Theophil. ad h. l. — ¹³²⁾ l. 73 §. 4 D. de reg. jur. (50. 17). C. §. 38. — ¹³³⁾ C. §. 45.

suo nomine gegen den Schuldner gegeben werden, zumal dieses Resultat noch durch folgende Stellen unterstützt wird:

Paulus lib. 4 Responsorum ¹³⁴).

Publia Maevia cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gajae Sejae et dixit ei: „Cum salva sanave venero, restitues mihi; certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi.“ Defuncta ea intestata desidero, cui restitui debeant: filio an marito? Paulus respondit, filio.

Papinianus lib. 12 Responsorum ¹³⁵).

Ejusmodi lege deposita in aede arca, ut eam ipse solus, qui deposuit, tolleretur, aut post mortem domini Aelius Speratus, non videri celebratam donationem respondi.

Die erste Stelle mißversteht Stephanus ¹³⁶), indem er die von Paulus nach dem Tode der Mutter dem Sohne gegebene Klage zwar für die actio depositi hält, dieselbe jedoch daraus erklärt, daß der Sohn einziger Erbe der Mutter geworden sei; denn eine Voraussetzung der Art findet sich in den Worten durchaus nicht angedeutet, obgleich der Sohn immerhin nach dem Sct. Orfitianum schon zu jener Zeit vor Anderen und insbesondere vor dem Stiefvater Intestaterbrecht hinsichtlich seiner Mutter gehabt haben mag. A. Faber ¹³⁷) verwirft deshalb diese Erklärung und glaubt mit mehr Grund in der bei der Hinterlegung der Sachen von der Mutter auf ihren Todesfall (si aliquid humanum contigerit) ¹³⁸) über die Restitution der hinterlegten Sachen zu Gunsten des Sohns getroffenen Anordnung ein dem Sohne zugewandtes Fideicommiß finden zu dürfen. Ist diese auch von neueren Auslegern ¹³⁹) gebilligte Ansicht richtig, wie ja nach den früheren Erörterungen nicht wohl bezweifelt werden mag, so fragt sich nur noch: Muß unter der dem Sohne eingeräumten Klage die petitio fideicommissi oder die utilis depositi actio verstanden werden? Eine bestimmte Entscheidung für diese oder jene Alternative ist von Paulus nicht gegeben; allein nach der Stellung des Bruchstücks im Titel: depositi vel contra, und nach entschiedener nach den von den Basilikenscholasten zu der zweiten Stelle gemachten

¹³⁴) l. 26 pr. D. deposit. (16. 3). — cf. Cujac. ad Paul. resp. (opp. VI, p. 526). — ferner ad Papiniani resp. (opp. IV, p. 1339 A). — — ¹³⁵) l. 31 §. 3 D. de donat. (39. 5). — cf. Cujac. ad Papinian. resp. (opp. IV, p. 1338 sq.). — ferner l. 3 §. 2 D. de liberal. legat. (34. 3). — — ¹³⁶) Schol. 3 zu Basil. XIII, 2 c. 26 pr. (Heimb. II, p. 54). — — ¹³⁷) Conject. jur. XIX, 18. — I, 4. — — ¹³⁸) l. 162 §. 1 D. de V. S. (50. 16), Schol. 1 zu Basil. XIII, 2 c. 26 pr. (Heimb. II, p. 54). Spart. Hadrian. c. 4. — comendo tibi provincias, si quid mihi fatale contigerit. — — ¹³⁹) Buchsta Stellvertretung S. 112.

Bemerkungen¹⁴⁰⁾ hat man die Frage zu Gunsten der *utilis depositi actio* zu beantworten, dann aber auch nicht anzustehen, die *utilis actio* auf eine fingirte Cession der Erben zurückzuführen.

Die zweite Stelle erklärt es zuvörderst für unthunlich, aus den Nebenbestimmungen des Hinterlegungscontractes für Aelius Speratus eine Schenkung zu folgern. Eine solche Folgerung würde vielmehr voraussetzen, daß der Deponent in offener Vertretung des Aelius Speratus überall nicht sich selbst, sondern lediglich dem Aelius Speratus die Rückgabe bedungen und dadurch schon bei seinen Lebzeiten dem Aelius Speratus eine auf fingirter Cession beruhende *utilis depositi actio* verschafft hätte¹⁴¹⁾. Statt dessen hat aber der Deponent das Recht der Rücknahme für die Zeit seines Lebens allein sich selbst vorbehalten und erst für die Zeit nach seinem Tode dasselbe dem Aelius Speratus übertragen, also keine Zuwendung unter Lebenden, sondern eine Zuwendung auf den Todesfall vollzogen. Welche Wirkung diesem Fideicommiß für Aelius Speratus beizulegen sei, ist nicht gesagt; weshalb Cujacius¹⁴²⁾ dieselbe auf das Recht der Zahlungsempfangnahme in der Stellung eines *solutionis causa adjectus* beschränkt¹⁴³⁾. Allein abgesehen davon, daß der *adjectus* vorzugsweise bei Stipulationen und dem *Constitutum* vorzukommen scheint, so verweist auch die Basilikenscholie zur Erklärung des Papinianischen Bruchstücks auf das ersterörterte Bruchstück des Paulus, auf den ähnlichen Inhalt der l. 77 §. 26 D. de legat. II (31)¹⁴⁴⁾, auf l. 6 C. de donat. int. V. et U. (5. 16) und auf l. 8 C. ad exhib. (3. 42), in welcher letzten Stelle ausdrücklich von einer auf fingirte Cession zurückzuführenden *utilis depositi actio* die Rede ist¹⁴⁵⁾.

Es unterliegt also keinem Zweifel, daß die Basilikenscholie dem Aelius Speratus sowohl, als dem im Bruchstück des Paulus erwähnten Sohne auf Grund fideicommissarischer Bestimmung ein Klagerecht gegen den Depositar, und zwar eine auf fingirter Cession beruhende *utilis depositi actio* zuspricht, was hoffentlich die letztmöglichen Bedenken gegen unsere Ausführung zerstreuen wird.

Uebrigens bleiben alle von uns gegebenen Auslegungen auch für das Justinianische Recht brauchbar, sofern man nur als selbstverständlich hinzudenkt, daß den betreffenden Rechtsgeschäften die durch

¹⁴⁰⁾ Echol. 9 zu Basil. XLVII, 1 c. 30 §. 3 (Heimb. IV, p. 577). —

¹⁴¹⁾ l. 6 C. de donat. int. V. et U. (5. 16) in Verbindung mit l. 8 C. ad exhibend. (3. 42). — §. 45. — ¹⁴²⁾ ad lib. XII Respons. Papinian. (opp. IV, p. 1338). — ¹⁴³⁾ l. 10 D. de solut. (46. 3). — ¹⁴⁴⁾ cf. Cujac. in libr. VIII Respons. Papinian. (opp. IV, p. 1137 sq.). —

¹⁴⁵⁾ §. 45.

die neuere Gesetzgebung für Fideicommissse vorgeschriebene Form nicht gefehlt habe.

Wenden wir uns nun

b. zum Legate einer Forderung,

so findet sich im Pandectenrechte meines Wissens keine Spur, daß dem Legatar ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones suo nomine* wären verliehen worden. Erst folgendes Rescript scheint dieses Vorrecht vom Fideicommissar auf den Legatar erstreckt zu haben:

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Justino¹⁴⁶).

Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest; utilibus autem suo nomine experietur. — Dat. 6 Id. Dec. C. C. Coss.

Das Rescript bedarf keines Commentars. Dasselbe zeigt auf das Klarste, daß der Legatar einer Forderung, schon bevor Justinian die Legate den Fideicommissen überhaupt gleichstellte¹⁴⁷), ohne *mandatum agendi* das Klagerecht der Erben *utiliter* übernommen habe.

Nachdem gezeigt ist, daß das Vermächtniß einer Forderung, mag es in die Form eines Legats oder in die Form eines Fideicommisses eingekleidet sein, dem Bedachten auch ohne Cession, als ob cedirt wäre, *utiles actiones* gegen den Schuldner verleiht, muß auf eine wichtige Beschränkung dieses Rechtsfaktes aufmerksam gemacht werden. Der Rechtsfaß kommt nur zur Anwendung, wenn Forderungen als Einzeldinge vermacht sind und deshalb in der Regel kein Rechtsinteresse des Beschwerten denken lassen, an ihnen Retentionsrechte auszuüben. Das Gegentheil findet Statt, so oft Forderungen bloß als Bestandtheile eines aus *activis* und *passivis* zusammengesetzten Vermögensinbegriffs zum Inhalte eines auf diesen Inbegriff gerichteten Legats oder Fideicommisses gehören. Ist z. B. ein *Peculium* oder eine dem Testator von einem Dritten angefallene Erbschaft vermacht worden, so müssen zwar auch in diesem Falle die dazu gehörigen Forderungen dem Bedachten cedirt werden¹⁴⁸); eigentlicher Gegenstand der Zuwendung ist aber der nach Abzug der Schulden sich ergebende Ueberrest des Aktivvermögens. Der Beschwerte bleibt seinerseits den Klagen der *Peculiar-* und Erbschaftsgläubiger unterworfen¹⁴⁹) und

¹⁴⁶) l. 18 C. de legat. (6. 37). — — ¹⁴⁷) l. 1 — l. 3 C. commun. de legat. (6. 43). — — ¹⁴⁸) l. 19 §. 1, l. 23 pr. D. de pecul. leg. (33. 8), l. 76 §. 1 D. de legat. II (31). — — ¹⁴⁹) l. 17, l. 18 D. de pecul. leg. (33. 8).

daher dringend interessirt, nicht vorzeitig in dem Activvermögen die Deckung zu verlieren. Aus diesem Grunde werden ihm an dem Activvermögen ausdrücklich Retentionsrechte eingeräumt, bis er wegen der Schulden durch eine ausreichende cautio defensum iri sicher gestellt ist¹⁵⁰). Daß aber unter das zu retinirende Activvermögen auch die abzutretenden Forderungen zu zählen sind, ist auf das bestimmteste anerkannt¹⁵¹). Bei der Unmöglichkeit eines Retentionsrechts an Forderungen, welche gleich kraft fingirter Cession auf den Bedachten übergehen¹⁵²), muß daher wirkliche Cession zur Uebertragung für nöthig erachtet sein. In der That ist dieses geschehen, da nicht bloß allenthalben das Klagerrecht des Bedachten gegen die Schuldner auf eine wirkliche Cession zurückgeführt¹⁵³), sondern auch mit klaren Worten bezeugt wird, daß der Beschwerte die zum vermachten Vermögensinbegriff gehörigen Forderungen vor deren wirklicher Cession selbst noch gerichtlich verfolgen könne¹⁵⁴), was unmöglich sein würde, wenn sofort eine fingirte Cession die Schuldner bei Strafe doppelter Zahlung zur Ablehnung der von dem Beschwerten erhobenen Klagen verpflichtet hätte¹⁵⁵).

Die angegebene Beschränkung unseres Rechtsaktes unterliegt daher nicht dem geringsten Zweifel.

B. Geschäfte, welche mit Unrecht hierher gerechnet werden.

1. Die Schenkung einer Forderung.

Die Forderungsschenkungen erhielt zwar durch Justinian die ihr bis dahin entzogene Wirkung, den ibretwegen bestellten procurator in rem suam außer zum agere alieno nomine auch zum utiliter agere suo nomine zu berechtigen¹). Weiter ist aber Justinian nicht gegangen, weshalb es fast willkürlich erscheint, daß Mühlenbruch²) und v. Savigny³) dem Schenknehmer einer Forderung, selbst ohne vorgängiges mandatum agendi, als ob dasselbe ertheilt wäre, eine utilis actio suo nomine einräumen. Dem wenn Justinian die donatio- nis titulo cessiones actionum accipientes denjenigen, welche

§. 22.

¹⁵⁰) l. 17, l. 18 D. de pecul. leg. (33. 8). — — ¹⁵¹) l. 18, l. 23 pr. D. de pecul. leg. (33. 8). — — ¹⁵²) l. 22 D. de her. vel act. (18. 4), f. C. 196 zu not. 11. — — ¹⁵³) l. 19 §. 1, l. 23 pr. D. de pecul. leg. (33. 8), l. 76 §. 1 D. de legat. II (31). — — ¹⁵⁴) l. 5 D. de pecul. leg. (33. 8). — — ¹⁵⁵) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14), l. 28 D. de procur. (3. 3).

¹) l. 33 C. de donat. (8. 54). C. 19 f. uno 24 ff. — — ²) Cession §. 16 C. 197 f. — — ³) System Bd. 4 C. 125 not. t. C. 137.

venditionis titulo cessas actiones haben, gleichstellt und beim Schenknehmer wiederholt der eadem cessas actiones erwähnt, auch seine Bestimmung einerseits auf Personen ausdehnt, quae susceptis per donationem cessionibus adhuc superesse noscuntur, andererseits aber von Personen, welche bei Erlaß der Verordnung schon gestorben sind, ausschließt und bezieht: vetera jura super hisdem cessionibus posita servari: so sind dieses ebenso viele Wendungen, welche unzweideutig ein wirklich erteiltes mandatum agendi voraussetzen und in dieser auch von der Basilikenscholie⁴⁾ anerkannten Bedeutung vollends befestigt werden durch die Uebereinstimmung mit den von Justinian noch nach dem Erlaß seiner Verordnung vom Jahre 528 in die Rechtsammlung aufgenommenen Entscheidungen des alten Rechts, welche dem Schenknehmer eines nomen ohne das Hinzutreten eines wirklichen mandatum agendi auf das Bestimmteste ein Klagerecht gegen den Schuldner absprechen⁵⁾.

Die einzige Stelle, welche Zweifel erregen könnte, ist die in einer anderen Richtung bereits oben⁶⁾ erörterte l. 11 D. de alien. jud. mut. c. f. (4. 7), weil hierin dem Schenknehmer einer reivindicatio, ohne ausdrückliche Erwähnung eines vorgängigen Klagauftrags, gestattet wird: suo nomine litigare. Allein es ist schon bemerkt, daß diese ursprünglich von einer mancipatio dominii verstandene Stelle nur durch duplex interpretatio auf die Schenkung der reivindicatio zu beziehen ist, und ebendaher eine genaue Angabe aller Voraussetzungen des Klagübergangs nicht erwarten läßt, vielmehr auffordert, wie zu dem suo nomine litigare das Wort utiliter, so überhaupt eine wirklich Statt gehabte Cession hinzuzudenken.

Auch daß Justinian durch seine neuere Verordnung vom Jahre 530⁷⁾ das einfache Schenkungsversprechen für klagbar erklärt, ändert nichts; denn nach der dem Versprechen beigelegten Wirkung:

coartari donatorem legis auctoritate, tantum, quantum donavit, praestare,

muß der Schenknehmer doch stets erst bei körperlichen Sachen die Tradition⁸⁾ und bei Forderungen die wirkliche Cession vom Schenk-

⁴⁾ Schol. 1 zu Basil. XLVII, 1 c. 65 (Heimb. IV, p. 588). — ⁵⁾ l. 53 D. de pecul. (15. 1). S. S. 22. — l. 35 pr. D. de donat. (39. 5), l. 2, l. 3 C. de donat. (8. 54). S. S. 22 not. 14. — l. 22 C. mand. (4. 35). Si autem per donationem cessio facta est. — l. 23 C. eod. . . . per coloratam cedant donationem. — l. 24 C. eod. in Verbindung mit Basil. XIV, 1 c. 86 (Heimb. II, p. 152). — ⁶⁾ S. S. 25 — ⁷⁾ l. 35 §. 5 C. de donat. (8. 54), §. 2 J. de donat. (2. 7), Nov. 162 c. 1 pr. — ⁸⁾ l. 35 §. 5 C. de donat. (8. 54) . . . nihilominus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc, quod donare existimavit. cf. §. 2 J. de donat. (2. 7).

geber erwirken, um dort Eigenthum an der Sache und hier ein Klagerrecht gegen den Schuldner zu erlangen.

2. Der Quasiusufructus einer Forderung⁹⁾.

Dem Quasiusufructuar einer Forderung werden fast allgemein ohne das Erforderniß eines vorgängigen Klagauftrags Klagerechte gegen den Schuldner zugestanden¹⁰⁾, und doch scheinen die Römer ohne allen Zweifel das Gegentheil angenommen zu haben.

Zunächst ist so viel gewiß, daß der Quasiusufructuar vor Leistung der quasiusufructuarischen Caution keinerlei Klagerecht hat; denn ein Rescript der Kaiser Sever und Antonin bestimmt nach der von den Basiliken gegebenen Erläuterung der im lateinischen Urtext zweifelhaft lautenden Worte, daß selbst, wenn der Testator die Leistung der quasiusufructuarischen Caution verboten habe, doch der Quasiusufructuar von den Schuldnern das gezahlt werdende Geld nicht anders empfangen könne, als wenn er dem Senatusconsulte gemäß Caution geleistet habe¹¹⁾.

Sodann geht aber auch aus folgender Stelle hervor, daß nicht etwa mit der Leistung der Caution die Fiction der Cession verknüpft ist, sondern eine wirkliche Cession zum Uebergange der Forderung verlangt wird.

Papinianus lib. 7 Responsorum¹²⁾.

Uxori fructu honorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Scto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur: aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.

Wenn der Mann seiner Frau den Nießbrauch seines ganzen Vermögens vermacht hat, so sollen der Frau, sobald sie dem Senatus-

⁹⁾ C. C. 181 f. — — ¹⁰⁾ Olea tit. IV qu. X nr. 23 sqq. — Mühlenbruch Cession §. 47 C. 496 ff. — — ¹¹⁾ l. 1 C. de usufr. (3. 33) . . tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris. — Basil. XVI, 8 c. 24 (Heimb. II, p. 204. — suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 121) . . ὅπως οὐκ ἄλλως παρὰ τῶν χρεωστῶν τὰ καταβαλλόμενα χρήματα λαβεῖν δύνηται. — cf. Heimbach in Weiske's Rechtslexic. Bd. 11 C. 952 f. not. 335. — Außerdem vergl. l. 6 pr. D. ut in possess. (36. 4), l. 2 §. 1 D. de usufr. ear. rer. (7. 5), §. 2 J. de usufr. (2. 4), l. 7 C. ut in possess. (6. 54). — — ¹²⁾ l. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. (33. 2). — Cujac. ad Papin. resp. (opp. IV, p. 1116 sqq.).

consulte gemäß quassusufructuarische Caution leistet, von den durch den Erblasser belegten Capitalen auch die Zinsen gewährt werden (*foenus praestabitur*), nämlich durch Baarzahlung der eingehobenen und durch Cession der nicht eingehobenen Zinssummen. Die in der Erbschaft hinterlassenen Zinsen, so viel deren vor der Caution fällig geworden sind, müssen demgemäß wie Capitalsummen Gegenstand der Caution und der demnächstigen Restitution werden.

Anderß steht es mit den erst vom Erben verzinslich belegten Capitalen. Von diesen brauchen dem Quassusufructuar nur die Capital=, nicht auch die Zinssummen herausgegeben zu werden (dabuntur); es sei denn, daß und insoweit etwa wegen Verzugs Zinsen bezahlt werden mußten. Dergleichen Zinsen werden aber so wenig Gegenstand der späteren Restitution, als Gegenstand der quassusufructuarischen Caution, müssen vielmehr dem Quassusufructuar als Ersatz für die Entziehung der ihm gebührenden Aufkünfte von den in quassusufructu befindlichen Capitalen für immer verbleiben¹³⁾.

Die Ausdrücke: *foenus praestabitur*¹⁴⁾ und *sortes dabuntur*¹⁵⁾ deuten darauf hin, daß die betreffenden Capital= und Zinsforderungen nicht ohne vorgängiges *mandatum agendi* vom Erben auf den Legatar übergehen, sind wenigstens auf keinen Fall geeignet, zu der entgegengesetzten Annahme ausreichende Veranlassung darzubieten. Da nun auch sonst nirgends dem Quassusufructuar einer Forderung das Vorrecht beigelegt ist, ohne wirklichen Klagauftrag als fingirter Cessionar *utiles actiones suo nomine* gegen die betreffenden Schuldner anstellen zu können, so muß hier, wie überhaupt im Zweifel, die Regel festgehalten werden.

Eine Ausnahme von der Regel macht allein der gesetzliche Quassusufructus an Forderungen. Derselbe kommt nur vor als Bestandtheil eines solchen Nießbrauchs, welcher durch Verordnungen späterer Kaiser an umfassenderen Vermögensinbegriffen nachstehenden Personen verliehen worden ist¹⁶⁾:

1. dem Vater an den Adventitien seiner Hauskinder¹⁷⁾;
2. dem überlebenden Ehegatten, welcher sich wiederverheirathet und Kinder aus der vorigen Ehe hat, an der vom verstorbenen Ehegatten durch Testament, Schenkung oder Eheverträge, oder von einem Kinde aus der früheren Ehe durch gesetzliche Erbfolge erworbenen Habe¹⁸⁾;

¹³⁾ cf. l. 44 §. 1 D. ad Sc. Trebell. (36. 1). — — ¹⁴⁾ S. S. 3 not. 16. — — ¹⁵⁾ S. S. 3 not. 19. — — ¹⁶⁾ Vergl. Übers. röm. Servitutenlehre S. 567 ff. — Rechtslexicon Vb. 11 S. 938 ff. — ¹⁷⁾ tit. Cod. de bon. matern. (6. 60), l. 6, l. 8 C. de bon. quae lib. (6. 61), l. 8 §. 5 C. de secund. nupt. (5. 9). — — ¹⁸⁾ tit. Cod. de secund. nupt. (5. 9), Nov. 22 c. 26.

3. dem überlebenden Eheanne an der ihm zugewiesenen dos oder der überlebenden Ehefrau an der ihr zugewandten donatio propter nuptias, soweit deren Proprietät an die gemeinschaftlichen Kindern fällt¹⁹⁾;

4. dem unschuldigen Ehegatten an dem vom schuldigen Gatten in Folge der Ehescheidung verwirkten Gute, dessen Proprietät den Kindern zu Theil wird²⁰⁾;

5. der armen Wittve an dem aus dem Nachlasse ihres vermögenden Mannes ihr gebührenden Vierteltheile oder Kopftheile, dessen Proprietät die Kinder erhalten²¹⁾.

Die letzten vier Arten gesetzlichen Nießbrauchs lassen alle näheren Bestimmungen über das Rechtsverhältniß der dazu gehörigen nur zum Quasiususfructus sich eignenden Forderungen vermissen, sind aber im Ganzen nach dem Vorbilde der ersten Art des gesetzlichen Nießbrauchs ausgebildet und daher nach den hier maßgebenden Grundsätzen im Wesentlichen gleichfalls zu beurtheilen. Dem Vater ist aber an den Adventizforderungen sogar, wenn letztere Gegenstände des wirklichen, geschweige also, wenn sie Gegenstände des Quasiususfructus sind, ein im eignen Namen zu verfolgendes Klagerrecht verliehen, wie es sonst nur aus wirklicher oder fingirter Cession abgeleitet werden kann. Zuvörderst giebt ihm nämlich schon eine Constitution Constantin's, wenn gleich mit einigen Interpolationen Tribonian's²²⁾, das Recht: quod jure filiis debetur, in examine²³⁾ per se vel per procuratorem poscere²⁴⁾ — — atque ita omnia agere, tanquam solidum perfectumque dominium eis acquisitum fuisset, et personam gerant legitimam; sodann sagt Justinian, nachdem er dem Vater plenissimam potestatem uti fruique zugeschrieben hat²⁵⁾, ebenso allgemein²⁶⁾: et in agentibus

¹⁹⁾ Nov. 98 c. 1. — Nov. 127 c. 3. — — ²⁰⁾ l. 8 §. 7 C. de repud. (5. 17). — Nov. 98 c. 2. — — ²¹⁾ Nov. 22 c. 18. — Nov. 53 c. 6. — —

²²⁾ l. 1 C. J. de bon. matern. (6. 60). — l. 1 C. Th. eod. (8. 18). — —

²³⁾ cf. Basil. XLV, 4 c. 1 (Heimb. IV, p. 527) — τὰς ἀγωγὰς τῶν παίδων ἐκβιβάζειν ἐν δικαστηρίῳ καὶ δὲ ἐαυτῶν, καὶ δὲ ἐντολῶν — actiones filiorum in judicio exsequantur tam ipsi, quam per procuratorem. — —

²⁴⁾ Wie es scheint, unrichtig aufgefaßt in Schol. Thales. 4 zu Basil. XLV, 4 c. 1 (Heimb. IV, p. 527): βλέπε, πότε τις ἀλλένῳ νόμινε κινῶν δύναται παρῆχαι προκοινάτωρα — Vide quando quis alieno nomine agens procuratorem dare possit. — Der alieno nomine Klagende kann nie einen procurator bestellen (s. S. 4 f.); eben daher setzt Constantin und Justinian ein suo nomine agere voraus. cf. Marczell in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 8 S. 373 ff. in Verbindung mit S. 60. — — ²⁵⁾ l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. (6. 61). — — ²⁶⁾ l. 8 §. 3 C. de bon. quae lib. (6. 61), cf. Schol. 9 zu Basil. XLV, 4 c. 11 §. 3 (Heimb. IV, p. 542).

et fugientibus pater quidem suscipiat actiones et moveat, mit dem Hinzufügen²⁷⁾: *paterna reverentia eum excusante — a cautionibus.*

Diese Anordnungen mögen sich bei denjenigen Forderungen, welche im eigentlichen Nießbrauche stehen, aus der väterlichen Gewalt erklären, und daher bei Forderungen derselben Art in den übrigen Fällen gesetzlichen Nießbrauchs, wo kein Gewaltverhältniß des Nutznießers concurrirt, Modificationen erleiden müssen: gewiß sind sie aber in allen Fällen des *Quasiususfructus* zunächst auf die Absicht zurückzuführen, die betreffenden Forderungen nicht bloß ohne Caution, sondern auch ohne wirkliche Cession, wie wenn cedirt wäre, in das Eigenthum des Quasinnutznießers übergehen zu lassen; eine Art des Uebergangs, die dann in den übrigen Fällen gesetzlichen Quasinnießbrauchs nicht minder anzunehmen ist.

II. Der Pfandverkauf des Pfandgläubigers.

§. 23. Der Pfandverkauf des Pfandgläubigers bildet nur eine allerdings von dieser Seite selten gewürdigte Anwendung der Grundsätze vom Forderungsverkaufe.

Der Pfandgläubiger, welcher als solcher¹⁾ das Pfand verkauft, um sich zu befriedigen, d. h. um an dem Kaufgelde zunächst für den Verpfänder Eigenthum und für sich selbst zur *satisfactio*²⁾ Pfandrecht und Pfandbesitz zu erwerben, darauf aber sofort, soweit seine Forderung reicht, zufolge der im *pactum de vendendo* erhaltenen Anweisung den Pfandbesitz mit dem Erfolge der *solutio*³⁾ in Eigenthum zu verwandeln (*accepto referre, in debitum computare*) und nur wegen des etwaigen Ueberschusses der *pignoratitia actio* des Verpfänders unterworfen zu bleiben⁴⁾, verkauft nach gemeinem

²⁷⁾ l. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. (6. 61).

¹⁾ *Jure creditoris, jure suo, jure pignoris, lege pignoris, titulo pignoris*, l. 11 §. 16 D. de act. E. V. (19. 1), l. 1 C. credit. evict. (8. 46), l. 59 §. 4 D. mand. (17. 1). — l. 13 D. de distr. pign. (20. 5). — l. 2 C. credit. evict. (8. 46), l. 78 §. 4 D. de legat. II (31). — l. 10 D. de distr. pign. (20. 5). — l. 1 D. eod. — ²⁾ l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — *ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat* — f. §. 32. — l. 9 C. de distr. pign. (8. 28) . . . *an ex pretio pignoris debito satisfieri possit.* — ³⁾ l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3), f. §. 126 not. 63. — l. 26, l. 44, l. 73, l. 101 §. 1 D. eod. — l. 9 pr., l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 35 pr. de pignor. act. (13. 7), l. 10 C. de O. et A. (4. 10). — l. 59 §. 4 D. mand. (17. 1). — ⁴⁾ l. 6 §. 1, l. 7, l. 24 §. 2, l. 42 D. de pignor. act. (13. 7), l. 20 C. de distr. pign. (8. 28), l. 5 C. si vend. pign. agat. (8. 30). — §. 83 not. zu 79.

Rechte (communi jure)⁵⁾ theils als Vertreter seiner selbst das Pfandrecht, welches er am Pfandgegenstande hat⁶⁾, theils als Vertreter des Verpfänders oder der durch Universal- oder Singularerbtitel⁷⁾ ganz oder theilweise⁸⁾ an dessen Stelle getretenen Nachfolger, die ihm verpfändeten Rechte, welche dem Verpfänder oder den Nachfolgern desselben am Pfandgegenstande zustehen⁹⁾.

In der ersten Beziehung ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das verkaufte Pfandrecht, d. h. die das Pfandrecht ausmachende Pfandflagge¹⁰⁾, dem Käufer zu cediren und den etwa geübten Pfandbesitz zu übertragen¹¹⁾, auch für die Existenz des Pfandrechts und die zugesagten Eigenschaften desselben, insbesondere, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt worden, für den stillschweigend vorausgesetzten Vorrang vor sonstigen Pfandrechten¹²⁾, oder — was dasselbe ist — für jede Entwährung durch die hypothekarische Klage eines besser berech-

⁵⁾ l. 7 C. de O. et A. (4. 10). — §. 25. — l. 18 C. de admin. tut. (5. 37). — In l. 59 §. 4 D. mand. (17.) wird einander entgegengesetzt: creditoris jure vendere und communi jure promittere. — — ⁶⁾ l. 32 pr. D. de neg. gest. (3. 5), Papinian. — cum videatur jus suum vendidisse. — l. 2 D. de distr. pign. (20. 5), Papinian. — hujusmodi venditio transferendi pignoris causa fieri solet. — Basil. XVII, 1 c. 32 (Heimb. II, p. 215 — suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 147), τὸ γὰρ ἴδιον δίκαιον πεπραχέναι δοκεῖ, καὶ ἔστι τῷ δανειστῇ τὸ χρεὸς μὴ ἀπολαμβάνοντι πωλεῖν τὸ δίκαιον τῶν ἐνεχόντων. — Videtur enim jus suum vendidisse, licetque creditori, si debitum non consequatur, jus pignoris vendere. — Basil. XXV, 4 c. 13 (Heimb. III, p. 86), f. §. 226 not. 30. — — ⁷⁾ l. 8 §. 4 D. de pignor. act. (13. 7), Pompon. De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur. — cf. Gaj. II, 64. — l. 4 C. de pignor. act. (4. 24). — Wachsen Pfandr. Th. 1 §. 161 ff. — Ähnlich, wenn ich ihn recht verstehe, Ritting Rückziehung §. 73 not. 110. — — ⁸⁾ l. 205 D. de reg. jur. (50. 17) . . et alienare et servitutem imponere in praedio possumus. — l. 18 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 14, l. 15 C. de pign. (8. 14), l. 3, l. 10 C. de remiss. pign. (8. 26), l. 12 C. de distr. pign. (8. 28), l. 4 C. de evict. (8. 45). — cf. l. 67 D. de contrah. emt. (18. 1). — — ⁹⁾ Gaj. II, 64. — §. 1 J. quib. alien. lic. (2. 8). Theophil. h. l. — δοκεῖ γὰρ ὁ δεβίτωρ πωράσκειν, ὁ καὶ δεσπότης ὢν, αὐτὸ τοῦτο, ᾧ διὰ συμφώνου συγχωρεῖ τῷ χρεδίτωρι τὸ πωράσκειν ἀγνωμοσύνης γενομένης περὶ τὴν τοῦ χρεόους ἀπόδοσιν. — Nam debitor ipse, qui dominus est, vendere videtur, qui ex pacto, cessante eo in solvendo debito, vendere creditori permittit. — l. 5 §. 3 D. de reb. eor. qui (27. 9). — (fundum pignoratium) quasi debitoris, hoc est, alienum vendunt. — — ¹⁰⁾ §. 94. — — ¹¹⁾ l. 13 D. de distr. pign. (20. 5). §. 225 ff. — — ¹²⁾ l. 1 C. cred. evict. pign. (8. 46) . . quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendit, potioorem se caeteris esse creditoribus. — cf. l. 35 D. de evict. (21. 2), l. 52 pr. D. de act. E. V. (19. 1).

tigten¹³⁾, wie durch die *utilis actio communi dividundo* eines gleichberechtigten Solidarpfandgläubigers¹⁴⁾ einzustehen.

In der zweiten Beziehung geht die Verpflichtung des Pfandgläubigers dahin, nach Kräften zur Uebertragung der dem Pfandgläubiger verpfändeten Rechte des Verpfänders oder der Nachfolger desselben mitzuwirken, namentlich in Gemäßheit der durch das *pactum de vendendo* erlangten Ermächtigung, für den Verpfänder und dessen Nachfolger das etwa verpfändete Eigenthum dem Käufer zu überliefern¹⁵⁾, eigne Eigenthumsrechte nicht als Hinderniß geltend zu machen¹⁶⁾ und im Fall der *Eviction* oder Fehlerhaftigkeit der für den Verpfänder oder dessen Nachfolger überlieferten Sachen zwar — abgesehen von *dolus*¹⁷⁾ oder besonders übernommener Verpflichtung¹⁸⁾ — nicht für die vom Käufer vielmehr mit der *actio emti utilis*¹⁹⁾ gegen den Verpfänder, beziehungsweise gegen dessen Nachfolger zu verfolgende Entschädigung zu haften, aber doch durch Abtretung der ihm selbst unnützen *pignoratitia actio contraria* dem Käufer, welcher mit der *actio emti utilis* vielleicht an des Verpfänders Singularsuccessor verwiesen ist, auch gegen den Verpfänder und dessen Erben die Entschädigungsverfolgung möglich zu machen²⁰⁾.

Die in der ersten Beziehung dem Pfandgläubiger in Folge des Pfandverkaufs obliegende Verpflichtung zur Cession der Pfandklage giebt dem Pfandverkauf den Charakter eines Forderungsverkaufs, welcher, wie jeder andere Forderungsverkauf das verkaufte Klagerecht vermöge fingirter Cession sofort als *utilis actio* auf den Käufer übergehen läßt; denn eigentlich verkauft der Pfandgläubiger neben seiner Pfandklage auch seine persönliche Forderung, soweit sie durch den Kaufpreis gedeckt wird, und bewirkt nur durch den in Vertretung des Verpfänders oder der Nachfolger desselben vollzogenen Verkauf des Pfandgegenstandes, daß das Pfandrecht für den etwa beim Pfand-

¹³⁾ l. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 52 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 2 C. de his, qui in prior. (8. 19), l. 12 pr. D. qui potior. (20. 4). — ¹⁴⁾ l. 34 §. 1 D. de evict. (21. 2) in Verbind. mit l. 7 §. 6. 8. 12 D. comm. div. (10. 3). — ¹⁵⁾ C. C. 226. — ¹⁶⁾ l. 10 D. de distr. pign. (20. 5), cf. l. 49 D. mand. (17. 1). — ¹⁷⁾ l. 11 §. 18 D. de act. E. V. (19. 1), l. 2 C. cred. evict. pign. (8. 46). — ¹⁸⁾ l. 22 §. 4 D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 59 §. 4 D. mand. (17. 1), l. 1, l. 2 C. cred. evict. pign. (8. 46). — ¹⁹⁾ l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 50, l. 74 §. 1 D. de evict. (21. 2), l. 49 D. fam. herc. (10. 2), l. 11 §. 16 D. de act. E. V. (19. 1), l. 1, l. 2 C. cred. evict. pign. (8. 46), l. 13 C. de evict. (8. 45). — C. §§. 39 u. 59. — ²⁰⁾ l. 38 D. de evict. (21. 2), cf. l. 9 pr., l. 16 §. 1, l. 22 §. 2, l. 32, l. 36 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 54 D. de fidejuss. (46. 1).

gläubiger zurückgebliebenen Theil der Forderung²¹⁾ von ihm selbst²²⁾ und für den auf den Käufer übergegangenen Theil der Forderung durch Darangabe der Forderung gegen den Erwerb des verkauften Pfandgegenstandes vom Käufer remittirt erscheint. Die Remission des Käufers ist aber bedingt durch das dauernde Haben der als satisfactio angenommenen Pfandsache, da sich nicht unterstellen läßt, der Käufer habe unbedingt auf sein Pfandrecht verzichten wollen²³⁾, gleichwohl aber auf den Willen des Käufers das Aufhören des Pfandrechts allein zurückzuführen ist²⁴⁾. Das hat weiter zur Folge, daß, sobald das dauernde Haben der Pfandsache durch andere Pfandrechte auf dem Wege der Klage oder der Einrede in Frage gestellt wird, das Pfandrecht des Käufers wieder in Wirksamkeit tritt und den Käufer befähigt, durch Klage, Einrede oder Replik alle schwächeren Pfandrechte abzuwehren, da an sich das Pfandrecht des Pfandkäufers fort dauert, obwohl nicht nur das Eigenthum der verpfändeten Sache hinzutreten²⁵⁾, sondern auch die persönliche Forderung beseitigt²⁶⁾, oder nach einem anderen Ausdrucke zu einer propter pignus²⁷⁾ oder propter praecedentis contractus auctoritatem²⁸⁾ bestehen gebliebenen Naturalschuld herabgesunken ist.

Die Beweise des Gesagten liegen in folgenden Stellen:

1. Paulus lib. 1 Decretorum²⁹⁾.

Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Der Gläubiger, welcher kraft seines Rechts das Pfand verkauft, soll sein Recht cediren, und, wenn er das Pfand besitzt, jedenfalls den Besitz übergeben.

Aus dieser wortgetreuen Uebersetzung folgt:

a. Dasselbe Recht (jus suum), kraft dessen der Verkauf geschieht (jure suo), bildet den Gegenstand der Cession, da unmöglich derselbe

²¹⁾ l. 28 D. de reb. cred. (12. 1), l. 8 C. si cert. pet. (4. 2), l. 10 C. de O. et A. (4. 10), l. 3 C. de distr. pign. (8. 28), l. 9 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — ²²⁾ l. 4 §. 1, l. 7 pr. §. 3, l. 8 §. 6, l. 9 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 158 D. de reg. jur. (50. 17), l. 2, l. 4 C. de remiss. pign. (8. 26). — ²³⁾ arg. l. 10 D. quib. mod. pign. (20. 6). — ²⁴⁾ §. 108 f. — ²⁵⁾ §. 106 zu not. 99. — ²⁶⁾ l. 2 C. de hui. pign. (8. 31). — ²⁷⁾ §. 111 zu not. 149. — ²⁸⁾ l. 59 pr. D. ad ScL Trebell. (36. 1). — ²⁹⁾ l. 1 C. si antiq. cred. (8. 20) . . si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. — §. 35. — ³⁰⁾ l. 13 D. de distr. pign. (20. 5). — cf. Donelli tractat. de pign. c. X §. 15 (ed. Bacher. XV, p. 512 sq.).

§ 3 mid. Cessionstheore.

Ausdruck dicht hinter einander in verschiedenem Sinne gebraucht sein kann. Die Basiliken übersetzen demgemäß³⁰⁾:

Ὁ δανειστὴς πωλῶν τὸ ἴδιον δίκαιον, ἐκχωρεῖ αὐτό.

Irrig ist also diejenige Meinung, welche etwaige Ansprüche des Verkäufers gegen den Käufer aus Nebenverträgen beim Kaufvertrage für den Gegenstand der Cession hält und die Ansprüche auf Cession und auf Tradition zwischen dem Verpfänder und dem Käufer theilt. Offenbar sind nur einer und derselben Person, und zwar dem Käufer, sowohl auf Cession, als auf Tradition Ansprüche gewährt. Irrig ist aber auch die von ihrem Urheber³¹⁾ für unwiderleglich gehaltene Meinung, daß die *actio pignoratitia contraria* Gegenstand der Cession sei. Denn obwohl diese Klage nach eingetretener Eviction dem Käufer allerdings abgetreten werden soll³²⁾, so ist doch bei Paulus des Falls eingetretener Eviction nicht gedacht, vielmehr eine allgemeine Cessionspflicht selbst dann anerkannt, wenn der Verkäufer die Pfandsache nicht besitzt und noch gar nicht besessen hat, mithin noch nicht im Stande gewesen ist, einen Pfandrealecontract abzuschließen und eine *actio pignoratitia* zu erwerben.

b. Die Ansprüche sind nicht etwa auf Cession oder Tradition, sondern auf Cession und (et), wenn der Pfandgläubiger besitzt, auf Tradition gerichtet. Verwerflich ist mithin diejenige Ansicht, welche unterscheiden zu müssen glaubt, ob der verkaufende Pfandgläubiger sich im Besitz befinde, oder nicht³³⁾, um dem Käufer in diesem Falle einen Anspruch auf Cession, in jenem einen Anspruch auf Tradition zu geben. Richtig an dieser Unterscheidung ist weiter nichts, als daß der nicht besitzende Pfandgläubiger bloß cediren, der besitzende dagegen cediren und außerdem auch tradiren soll.

Der besitzende Pfandgläubiger hat nämlich theils im eignen Namen mit dem Pfandrechte zugleich seinen Pfandbesitz — sei es Detention der Hypothek, sei es Possession des *pignus* — auf den Käufer zu übertragen, theils im Namen des Verpfänders oder der Nachfolger desselben die Erlaubniß zu erteilen, daß der Pfandbesitz des Käufers durch *traditio brevi manu* in Eigenthumsbesitz und Eigenthum sich verwandle und auf diese Weise das Eigenthum unmittelbar vom Verpfänder oder von dessen Nachfolgern auf den Käufer übergehe³⁴⁾.

³⁰⁾ Basil. XXV, 4 c. 13 (Heimb. III, p. 86): *Creditor, qui jus suum vendit, cedit eo.* — — ³¹⁾ Trotzige Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers §. 12 ff. — — ³²⁾ l. 38 D. de evict. (21. 2) . . an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem eam praestet: habet autem contrariam pignoratitiam actionem? — — ³³⁾ cf. l. 2 C. de distr. pign. (8. 28), l. 22 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 D. de tempor. praeser. (44. 3). — — ³⁴⁾ §. 1 J. quib.

Der nichtbesitzende Pfandgläubiger hat die Pfandklage abzutreten, deren Anstellung den Käufer zu demselben Ziele führt; denn der auf Grund des pactum de vendendo vom Pfandgläubiger gültig³⁵⁾ geschlossene Verkauf bestimmt dem Pfandbesitzer das Recht, die Herausgabe des Pfandes durch Angebot der Zahlung abzuwenden³⁶⁾, indem der gegen die Pfandklage an sich statthastigen Einrede selbstverschuldeter Nichtzahlung die replicatio doli entgegentritt³⁷⁾. Oder sollte es nicht dolus sein, dem Gläubiger die Weigerung der Zahlungsannahme auch dann noch zur Last legen, nachdem sich derselbe mit dem Willen des Verpfänders oder der Nachfolger desselben verbindlich gemacht hat, dem Käufer das dauernde Haben der Pfandsache (habere licere) zu verschaffen³⁸⁾? Der durch die Pfandklage erlangte Pfandbesitz ver wandelt sich aber in der Hand des Käufers sofort wieder in Eigenthum, weil der Käufer zum Eigenthumserwerbe den Willen des zur Eigenthumsübertragung vom Verpfänder und den Nachfolgern desselben unwiderruflich³⁹⁾ ermächtigten Pfandgläubigers für sich hat⁴⁰⁾; abermals traditio brevi manu⁴¹⁾.

Wir sehen also, daß die Pfandklage dem Käufer jede auf Tradition zu richtende Klage aus dem Kaufvertrage gegen den Verpfänder oder dessen Nachfolger entbehrlich macht und eine ausreichende Erklärung der auf den ersten Blick bestreudenden Erscheinung darbietet, daß die Rechtsquellen einer utilis ex emto actio des Käufers gegen den Verpfänder und dessen Nachfolger nur zum Zweck der

alien. lic. (2. 8). Theophil. ad h. l. — 1. 4 D. de pignor. act. (13. 7), 1. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), 1. 5 §. 3 D. de reb. eor. qui (27. 9), 1. 46 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), 1. 15, 1. 18 C. de distr. pign. (8. 28). — Wenn der Pfandgläubiger das verpfändete Eigenthum nicht als fremdes, sondern als eigenes übertrüge, so würde der Käufer überall kein Eigenthum erwerben. 1. 1 §. 1 D. de offic. proc. (1. 19), 1. 10 §. 1 D. de curat. fur. (27. 10), 1. 25 D. de donat. (39. 5). — —³⁵⁾ In 1. 10 C. de distr. pign. (8. 28) liegt ein nichtiger Kaufcontract vor, weshalb dem Verpfänder das Auslö sungsrecht unversehrt verblieben ist. — —³⁶⁾ 1. 1 C. si antiq. cred. (8. 20), 1. 3 pr., 1. 7 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), 1. 8 C. eod. (8. 28), 1. 1 C. si pign. pign. (8. 24), 1. 1 C. si propt. publ. pens. (4. 46), 1. 4 C. de reb. alien. non alien. (4. 51) in Verbindung mit 1. 34 D. de pignor. act. (13. 7), 1. 2 C. si antiq. cred. (8. 20). Obligata pignoris jure creditore recte distrahente, post debitor emtori pretium offerens vel creditori, quod debuit, evincere non potest. — —³⁷⁾ C. C. 107 ju not. 105. — —³⁸⁾ cf. 1. 14 D. de Public. act. (6. 2), 1. 32 pr. inf. D. de neg. gest. (3. 5). — —³⁹⁾ 1. 14 §. 5 D. de divers. temporal. praescrip. (44. 3). —⁴⁰⁾ 1. 6 D. de donat. (39. 5), 1. 47 D. de reiv. (6. 1). — —⁴¹⁾ 1. 21 §. 1 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), 1. 46, 1. 47 D. de reiv. (6. 1), 1. 1 §. 5 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3), 1. 12 §. 5 D. de usufr. (7. 1), 1. 9 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), 1. 6 D. de donat. (39. 5), 1. 9 §. 5 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), 1. 62 pr. D. de evict. (21. 2), §. 44 J. de rer. divis. (2. 1), 1. 3 §. 20 D. de acquir. poss. (41. 2).

Evictionsleistung erwähnen⁴²⁾. Wir begreifen auch, warum der Abschluß des Pfandverkaufs den Schuldner hinsichtlich des durch den Kaufpreis gedeckten Theils der Pfandschuld sofort jeder Zinspflicht enthebt⁴³⁾; denn dafür hat der Pfandkäufer nach dem Abschlusse des Kaufs auf die Früchte und sonstigen commoda der Pfandsache Anspruch⁴⁴⁾, und abermals in der Pfandklage das Mittel, den Anspruch zur Geltung zu bringen, da die Früchte und commoda als stillschweigend mitverpfändet gelten⁴⁵⁾ und gleich der Hauptsache dem Hypothekarfaläger herauszugeben sind⁴⁶⁾.

c. Wenn gesagt ist, der Pfandgläubiger als Verkäufer solle cediren, und schlechterdings (utique), wenn er besitze, tradiren, so kann darin nur angedeutet sein, daß die Tradition für den Fall des Besizes unerlässlich, die Cession für den Fall des Besizes wie des Nichtbesizes zur Noth erlässlich sei; erlässlich nämlich insofern, als sie durch eine Fiction, welche dem Käufer ohne Weiteres utiles actiones suo nomine gewährt, ersetzt wird.

Dieser utiles actiones gedenkt bestimmter

2. Paulus lib. 16 Responsorum⁴⁷⁾.

Creditor, qui praescriptione longae possessionis a possessore pignoris submoveri possit, pignus distraxit: Quaero, an possessori salva sit exceptio adversus emtorem? Paulus respondit, etiam adversus emtorem eandem exceptionem competere.

Ein Pfandgläubiger, welcher nicht im Besitz ist, dessen Pfandklage vielmehr vom Besitzer durch longi temporis praescriptio zurückgewiesen werden kann⁴⁸⁾, verkauft das Pfand⁴⁹⁾, und regt da-

⁴²⁾ l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 11 §. 16 D. de act. E. V. (19. 1), l. 50, l. 74 §. 1 D. de evict. (21. 2), l. 49 D. fam. herc. (10. 2), l. 1, l. 2 C. credit. evict. pign. (8. 46), l. 13 C. de evict. (8. 45). — —

⁴³⁾ l. 40 D. de usur. (22. 1), Basil. XXIII, 3 c. 40 und Schol. (Heimb. II, p. 716), cf. Nadai mora C. 216 ff. — — ⁴⁴⁾ l. 1 C. de per. et comm. (4. 48), §. 3 J. de emt. (3. 24), l. 11 §. 9 D. quod vi aut cl. (43. 24), fr. Vat. §. 2. §. 15. — l. 7 pr. D. de peric. et com. (18. 6), l. 4 pr. §. 1, l. 38 §. 8 D. de usur. (22. 1), l. 3 §. 1, l. 13 §. 10. 13. 18 D. de act. E. V. (19. 1), l. 12, l. 13, l. 16 C. eod. (4. 49). — — Bei Paul. sent. rec. II, 17 §. 7 ist zu lesen: si pars pretii numerata sit, d. h. wenn auch nur ein Theil des Preises gezahlt ist. — Schulting jurisprud. Antej. ad h. l. — Cujac. obs. XXI, 15. — ⁴⁵⁾ C. C. 93. not. 6. — ⁴⁶⁾ Nicht entgegen ist l. 16 §. 4 D. de pign. et hyp. (20. 1). C. C. 102 not. 86. — ⁴⁷⁾ l. 12 D. de divers. tempor. praescr. (44. 3). — — ⁴⁸⁾ l. 12 C. de praescr. longi temp. (7. 33), l. 7 §. ult. C. de O. et A. (4. 10), l. 19 C. de evict. (8. 45), l. 1, l. 2 C. si advers. cred. praescr. (7. 36). — — ⁴⁹⁾ In l. 14 C. de distr. pign. (8. 28) ist nicht von der rechtlichen, sondern nur von der im concreten Falle vorhandenen thatsächlichen Unmöglichkeit, das Pfand ohne Besitz zu verkaufen, die Rede.

durch die Frage an, ob der Pfandbesitzer auch gegen den Käufer die Einrede habe? Paulus bejahet die Frage⁵⁰⁾, indem er, ohne einer Cession zu erwähnen, voraussetzt, daß die Pfandklage vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen sei. Der Grund des Uebergangs liegt im Kaufvertrage, so viel ist klar; fraglich bleibt nur, wie man sich die Form des Uebergangs zu denken habe. Da indeß die Pfandklage nur durch wirkliche oder fingirte Cession übertragen werden kann⁵¹⁾ und von einer wirklichen Cession keine Rede ist, so muß die Fiction einer Cession den Uebergang vermittelt und der in der vorigen Stelle enthaltenen Aufspielung gemäß die wirkliche Cession entbehrlich gemacht haben, indem sie dem Käufer eine utilis hypothecaria actio suo nomine zu Gebote stellt.

Die Bestätigung dieses Schlusses liefert

3. Papinianus lib. 11 Responsorum⁵²⁾.

Debitoris absentis amicus negotia gessit et pignora citra emtionem pecunia sua liberavit: Jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: si tamen possideat, exceptione doli defenditur.

Obgleich der Verpfänder selbst das Pfand nicht kaufen kann, quia suae rei emtio non valet⁵³⁾: so kann doch der Mandatar oder negotiorum gestor des Verpfänders das vom Gläubiger verkaufte Pfand gültig erstehen⁵⁴⁾, um es zuvörderst selbst eigenthümlich zu erwerben und demnächst dem Verpfänder zu restituiren und zu tradiren⁵⁵⁾. Einen solchen Ankauf, welcher die actio mandati oder negotiorum gestorum directa und contraria auf Rücknahme und Rückgabe des Pfandes begründet⁵⁶⁾, hat aber der von Papinian erwähnte Freund des abwesenden Schuldners nicht geschlossen. Im Gegentheile wird ausdrücklich bemerkt, daß er ohne Kauf (citra emtio-

⁵⁰⁾ I. 7 C. de O. et A. (4. 10): Sane si — qui possident — longi temporis praescriptione muniti perhibentur; pignorum distrahendorum facultatem te non habere perspicis. — ⁵¹⁾ I. 66 pr. D. de evict. (21. 2) . . unde fit, ut emtori suo nomine non competat (sc. Serviana actio). — C. C. 94 u. 17. — ⁵²⁾ I. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — Cujac. in lib. XI Respons. Papiniani (opp. IV, p. 1295). — ⁵³⁾ I. 40 pr. §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), cf. I. 16 pr. D. de contrah. emt. (18. 1), Cujac. (opp. IV, p. 928 sqq.). — Nicht entgegen ist I. 52 pr. D. de act. E. V. (19. 1). — ⁵⁴⁾ I. 22 §. 3 D. mand. (17. 1), I. 78 §. 6 D. ad Sct. Trebell. (36. 1), I. 52 §. 1 D. de pact. (2. 14), I. 32 pr. D. de negot. gest. (3. 5), I. 9 C. de remiss. pign. (8. 26). — C. C. 230. — Cujac. opp. V, p. 466 sq. — ⁵⁵⁾ I. 8 §. 10 D. mand. (17. 1), I. 59 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), I. 135 §. 2 D. de V. O. (45. 1), I. 13 §. 2 D. de usurpat. (41. 3), I. 2 C. de his, qui a non dom. (7. 10), cf. I. 7 §. 2 D. pro emt. (41. 4). — Thering in Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 C. 324 ff. — ⁵⁶⁾ C. not. 54 u. 55.

nem) das Pfand des Schuldners befreit habe, und daß hierin der Grund liege, warum einerseits dem Schuldner dasjenige Recht am Pfandgegenstande, welches er vor der Verpfändung hatte (*jus pristinum*), unmittelbar wiederhergestellt zu sein scheine, andererseits dem Geschäftsführer nur ein durch *doli exceptio* zu vermittelndes Retentionsrecht, aber keine *utilis Serviana actio*, d. h. keine fingirt cedirte *utilis quasi Serviana* oder *utilis hypothecaria actio* zustehe. Was folgt hieraus durch das *argumentum a contrario*? Nichts anderes, als daß der Geschäftsführer, wenn er das Pfand mittelst Kaufs vom ursprünglichen Gläubiger befreit hätte, das frühere Recht des Schuldners nicht unmittelbar hergestellt, sondern außer dem Eigenthume auch eine fingirt cedirte *utilis Serviana actio* erhalten haben würde, wie sie Paulus in der vorigen Stelle beschreibt.

Die Richtigkeit dieser Folgerung bewährt nachstehendes Rescript:

4. Imp. Diocletian. et Maxim. A. A. et C. C. Hermiano⁵⁷).

Cum ex causa mandati pro socero tuo te foenebrem pecuniam exsolvisse proponas, curabit Praeses provinciae in restituenda pecunia, quam pro eo exsolvesti, nec non etiam in usuris ejus indemnitati tuae prospicere. Nam si recepta a creditore mancipia, quae pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum tuum dissolvatur: obligatio semel extincta instaurari non potest. — P. P. 10 Calend. Octobr. ipsis 4 et 2 A. A. Coss. — 290.

Hermian hat von seinem Schwiegervater den Auftrag erhalten, Sklaven, welche von demselben für ein verzinsliches Darlehn (*foenebris pecunia*) verpfändet sind, auszulösen. Hermian hat den Auftrag in der Weise vollführt, daß er die von dem Gläubiger zu dessen Befriedigung verkauften Sklaven erstanden, mithin ebensowohl durch Zahlung des Kaufpreises seinen Schwiegervater von der Haupt- und Zinsschuld an den Gläubiger befreiet⁵⁸), als durch Tradition das Eigenthum seines Schwiegervaters und durch fingirt Cession das Pfandrecht des Gläubigers an den Sklaven erworben hat. Vermöge seines Mandatsverhältnisses ist Hermian einerseits verpflichtet, dem Schwiegervater die Sklaven nebst Zubehör zu restituiren und eigenhümlich zu tradiren⁵⁹), andererseits berechtigt, vom Schwiegervater Ersatz der Auslagen mit Zinsen zu verlangen⁶⁰). Für diese Forde-

⁵⁷) 1. 9 C. de remiss. pign. (8. 26). — — ⁵⁸) C. C. 222 not. 3. —

⁵⁹) C. C. 229 not. 55. 56. — — ⁶⁰) Basil. XXV, 3 c. 19 (Heimb. III, p. 76) . . *ἔχει τὴν καὶ τῷ mandātō ἀγωγὴν, ἀπατῶν καὶ τοὺς τόκους*. — mandati actionem habet, petens etiam usuras. — C. C. 236 not. 93.

rung haften die Sklaven insofern pfandrechtlich, als die Haupt- und Zinsforderung des Verkäufers auf Hermian übergegangen ist und in der Person Hermian's trotz der im Eigenthume der verpfändeten Sklaven empfangenen satisfactio als Naturalforderung sowohl an sich, als hinsichtlich der nach dem Kaufe aufgelaufenen Zinsen fortbauert⁶¹⁾, in dieser Fortdauer aber pfandrechtlich gesichert bleibt, bis sie durch die Bezahlung der gleich hohen Mandatsforderung zugleich bezahlt wird⁶²⁾. Hermian hat aber unvorsichtiger Weise die Sklaven mit Verzicht seines Pfandrechts (*hac mente, ut pignoris vinculum tuum dissolvatur*) dem Schwiegervater zurückgegeben und eigenthümlich tradirt (*recepta mancipia tradidisti*), und kann nun auch später, als es ihn reuet, bloß die persönliche *mandati actio contraria* auf Ersatz der Auslagen und Zinsen behalten zu haben, zu dem aufgegebenen Pfandrechte nicht zurückgreifen.

Gelt hieraus nicht abermals hervor, daß der Pfandverkauf neben dem Rechte des Verpfänders das Pfandrecht des Gläubigers auf den Käufer überträgt und daß der Uebergang des Pfandrechts in Ermangelung einer wirklichen Cession durch fingirte Cession vermittelt wird, so daß der Käufer eine *utilis actio suo nomine* erhält und das Pfandrecht fortan als sein eignes betrachten darf (*pignoris vinculum tuum*⁶³⁾)?

Neben dieser *utilis hypothecaria actio* des Käufers ist natürlich die in der Person des verkaufenden Pfandgläubigers zurückgebliebene *directe hypothecaria actio* durch *exceptio doli* entkräftet⁶⁴⁾. Darauf bezieht sich folgendes Rescript:

5. Impp. Diocletian. et Maximian. A. A. et C. C. Avianae⁶⁵⁾.

Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis ac traditis, si post debitor quondam haec sollicitaverit: non venditori, sed emptori contra possidentem in rem competit actio. — Dat. Cal. Mart. Sirmii C. C. Coss.

Denn unter der dem Verkäufer versagten dinglichen Klage kann nur die hypothekarische Klage gemeint sein, weil der Verkäufer nie eine andere dingliche Klage gehabt hat. Dagegen kann die dem Käufer gewährte dingliche Klage allerdings auch als Eigenthumsklage gedacht werden, weil der Tradition des Verkäufers von Seiten des Käufers die Bezahlung des Kaufpreises hinzuge treten

⁶¹⁾ E. S. 225 not. 26. 27. 28. — ⁶²⁾ Ein ähnliches Verhältniß s. §. 35. — ⁶³⁾ Daß *vinculum tuum* gelesen werden muß, bestätigen die Basil. a. a. D. — ⁶⁴⁾ 1. 16 D. de pact. (2. 14), 1. 27, 1. 28 D. de procur. (3. 3). — ⁶⁵⁾ 1. 15 C. de distr. pign. (8. 28).

zu sein scheint⁶⁶⁾, unter diesen Umständen aber selbst schon nach vorjustinianischem Rechte auf den Käufer bonitairisches Eigenthum an den Sklaven übergegangen war, welches gegen die *exceptio dominii* des Verpfänders, als bloßen quiritarischen Eigenthümers, mit Hülfe der *exceptio rei venditae et traditae* durchgesetzt werden konnte⁶⁷⁾.

Dürfte nun schon durch die bislang vorgelegten Zeugnisse die Ueberzeugung begründet sein, daß der Pfandverkauf durch fingirte Cession eine *utilis hypothecaria actio* auf den Käufer überträgt, so wird diese Ueberzeugung vollends befestigt durch die Erwägung, daß die auf wirklicher oder fingirter Cession beruhende Pfandklage das einzige Schutzmittel ist, welches dem Pfandkäufer gegen andere Pfandgläubiger zu Gebote steht; denn die gewöhnliche Meinung, daß der Pfandverkauf eines Pfandgläubigers die Pfandrechte anderer Gläubiger tilge, ist unrichtig, nicht bloß, was vorstehende oder gleich gute, sondern auch, was nachstehende Pfandrechte anbetrifft.

Jeder Pfandgläubiger erhält durch das *pactum de vendendo* das gleiche Recht, die ihm verpfändeten Rechte des Verpfänders zu seiner Befriedigung zu verkaufen, und, sofern Eigenthum verpfändet ist, dasselbe als Stellvertreter unmittelbar vom Verpfänder und den Nachfolgern desselben auf den Käufer zu übertragen⁶⁸⁾. Die einzige

⁶⁶⁾ Der Verpfänder würde sonst nicht als *debitor quondam* bezeichnet werden sein. — *§. 222 not. 3.* — — ⁶⁷⁾ cf. Schilling Institutt. §. 176 Zusatz a. a. *§.* — — ⁶⁸⁾ *l. 52 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 1 C. credit. evict. pign. (8. 46) . . sive quia potior fuerat, quod vendebat, sive quia infirmior.* — *l. 22 §. 1 D. de jure fisci (49. 14)* und *Basil. LVI, 2 c. 20 §. 2 (Heimb. V, p. 918)* in Verbindung mit *l. 21 §. 1 D. qui potior. (20. 4).* — Ferner *l. 15 §. 5 D. de re jud. (42. 1)* in Verbindung mit *l. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 12 §. 9 D. qui potior. (20. 4), l. 7 fin. C. de O. et A. (4. 10), l. 8 C. qui potior. (8. 18), l. 2 C. de his, qui in prior. (8. 19).* — Die Worte in *l. 1 D. de distr. pign. (20. 5) . . ante secundum creditorem dimissum nullo jure caetera bona titulo pignoris vendidit* übersetze ich: Vor Abfindung des vorstehenden Pfandgläubigers verkauft der nachstehende Pfandgläubiger mit keinem Rechtsbestande (*nullo jure*), da der vorstehende Pfandgläubiger dem Käufer das Pfand wieder entziehen kann. — Ähnlich verstehe ich die Worte der *l. 8 C. qui potior. (8. 18) . . nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas* dahin: Der zweite Pfandgläubiger erlangt die Macht, das Pfand mit dauerndem Erfolge zu verkaufen, nicht anders, als wenn der erste Pfandgläubiger abgefunden ist, weil bis dahin der erste Pfandgläubiger dem Käufer das Pfand wieder entreißen kann. — Zur Unterstützung beziehe ich mich auf *l. 5 pr. D. de distr. pign. (20. 5)*, wonach der zweite Pfandgläubiger, welcher durch Auskauf auch die erste Pfandforderung erworben hat, auch wegen seiner zweiten Pfandforderung (ob *pecuniam creditam*) mit Rechtsbestande (*recte*) verkaufen kann, weil von der ersten Pfandforderung keine Gefahr zu besorgen ist. cf. *l. 1 C. credit. evict. pign. (8. 46).* — *§. 34.* — Ueber die in *l. 1 D. de distr.*

Verschiedenheit in den Wirkungen des Pfandverkaufs besteht darin, daß durch wirkliche oder fingirte Cession vom besseren Pfandgläubiger eine Pfandklage mit besserem, vom gleich guten Pfandgläubiger eine Pfandklage mit gleichem und vom schlechteren Pfandgläubiger eine Pfandklage mit schlechterem Range auf den Käufer übergeht⁶⁹⁾.

Aus diesem Grunde hat der verkaufende Pfandgläubiger zu haften, daß sein Pfandrecht allen anderen Pfandrechten vorgehe⁷⁰⁾, und, als nachstehender oder gleich guter Pfandgläubiger zur Vermeidung der Entschädigungspflicht dafür zu sorgen, daß der vorstehende oder gleich gute Pfandgläubiger entweder vor dem Verkaufe abgefunden oder nach dem Verkaufe von dem Kaufgelde zunächst befriedigt werde⁷¹⁾. Anderenfalls verbleibt

erstens dem vorstehenden Gläubiger Recht und Macht, dem Käufer mit der Pfandklage das Pfand wieder abzunehmen, da die Pfandeinrede des Käufers durch die Replik besseren Pfandrechts entkräftet wird⁷²⁾;

zweitens dem gleich guten Pfandgläubiger Recht und Macht, den Pfandkäufer mit dem *utile judicium communi dividundo* zur Theilung des gemeinschaftlichen Pfandrechts anzuhalten⁷³⁾. Nur

drittens der schlechtere Pfandgläubiger ist außer Stande, den Pfandkäufer an der Erlangung oder Behauptung des Besizes und Eigenthums zu hindern, da seinen Pfandansprüchen auf Seiten des Käufers die Einrede, beziehungsweise Replik besseren Pfandrechts entgegensteht⁷⁴⁾, und dem schlechteren Pfandgläubiger überdies das dem besseren oder gleich guten Pfandgläubiger trotz des Pfandverkaufs verbliebene *jus offerendi et succedendi* durch den Pfandverkauf des besseren Pfandgläubigers entzogen ist⁷⁵⁾.

Das auf wirklicher oder fingirter Cession beruhende Pfandrecht des Käufers als Ursache der ihm gegen andere Pfandgläubiger gesetzlich angewiesenen Stellung ist hervorgehoben theils beim Käufer im Allgemeinen, theils beim Käufer, welcher zugleich Bürge oder selbstständig Pfandgläubiger ist, im Besonderen.

A. Was den Käufer im Allgemeinen betrifft, so heißt es

pign. (20. 5) erwähnte *utilis actio* s. C. 127 zu not. 1. — Daß schon früh auch in der Praxis das Verkauferecht des zweiten Pfandgläubigers anerkannt worden sei, ist zu ersehen aus Ant. Fabri *error. pragmatic.* I. 4. (tom. I, pag. 12). — — ⁶⁹⁾ l. 1 C. credit. evict. pign. (8. 46). — — ⁷⁰⁾ C. C. 223 not. 12. — — ⁷¹⁾ C. C. 232 not. 68 in Verbindung mit l. 35 D. de evict. (21. 2). — — ⁷²⁾ l. 1 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 52 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 2 C. de his, qui in prior. (8. 19), l. 12 pr. D. qui potior. (20. 4). — — ⁷³⁾ l. 7 §. 6. 8. 12 D. comm. div. (10. 3). — — ⁷⁴⁾ l. 12 pr. §. 7 D. qui potior. (20. 4). — — ⁷⁵⁾ C. C. 227 not. 36.

unter anderem bei Marcian im Werke über die hypothetarische Formel⁷⁶⁾:

Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit, praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.

Wer einfach (*simpliciter*) d. h. nach dem hier dem Worte gegebenen Sinne: nicht unter der Bedingung: *si primo desierit res tenere*⁷⁷⁾, eine Sache an zweiter Stelle zum Pfande erhalten hat, soll dieselbe jedem Besitzer abnehmen können, außer dem ersten Pfandgläubiger und demjenigen, welcher von demselben das Pfand kaufte. Dem einfach bestellten zweiten Pfandgläubiger ist also wie gegen Dritte, so auch gegen den ersten Pfandgläubiger und gegen denjenigen, welcher von diesem kaufte, eine Pfandklage zugestanden⁷⁸⁾, die aber gegen die letztgenannten Personen erfolglos bleibt, weil dem Pfandgläubiger direct, und dem Käufer durch fingirte Cession utiliter die nach dem Verkaufe durch Zahlungsangebot nicht mehr zu entkräftende⁷⁹⁾ Einrede zur Seite steht: *si non sibi ante pignoris hypothecae nomine sit res obligata*⁸⁰⁾. Oder liegt es nicht auf der Hand, daß der Käufer gerade deshalb als ein Rechtsnachfolger des Pfandgläubigers dargestellt wird, weil er gegen die Pfandansprüche nachstehender Gläubiger mit dem auctor auf dasselbe Schutzmittel verwiesen ist?

Damit stimmt überein, daß kaiserliche Rescripte der Pfandklage nachstehender Gläubiger gegen denjenigen, welcher vom vorstehenden Gläubiger kaufte, den Erfolg absprechen⁸¹⁾, oder denjenigen, welcher vom vorstehenden Gläubiger kaufte, gegen Beunruhigungen nachstehender Gläubiger gesichert erklären⁸²⁾. Selbst die Worte des Kaisers Alexander⁸³⁾:

Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset,

bedeuten in dem Zusammenhange, in welchem sie stehen, nicht mehr, als was Papinian ausdrückt mit den Worten⁸⁴⁾:

Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit.

⁷⁶⁾ l. 12 §. 7 D. qui potior (20. 4). — — ⁷⁷⁾ l. 12 §. 8 D. qui potior (20. 4). l. 15 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁷⁸⁾ l. 12 pr. D. qui potior (20. 4). C. §. 31. — — ⁷⁹⁾ C. §. 227 not. 36. — — ⁸⁰⁾ l. 12 pr. D. qui potior (20. 4). C. §. 31. — — ⁸¹⁾ l. 6 C. de O. et A. (4. 10). — Vergl. C. 27 ff. — — ⁸²⁾ l. 6 C. qui potior (8. 18). — — ⁸³⁾ l. 1 C. si antiq. cred. (3. 20). C. §. 35. — — ⁸⁴⁾ l. 3 pr. D. de distr. pign. (20. 5).

Dieselbe Unstatthaftigkeit des *jus offerendi*, welche nach Papinian eintreten soll, wenn der erste Pfandgläubiger den Bestimmungen des *pactum de vendendo* gemäß (*jure conventionis*)⁸⁵⁾ das Pfand verkauft, veranlaßt den Kaiser Alexander, die Fortdauer einer erfolgreichen Pfandklage (*persecutio hypothecaria*) zu verneinen, weil der zweite Pfandgläubiger ohne das *jus offerendi* gegen den ersten Pfandgläubiger seine Pfandklage nicht durchzusetzen vermag⁸⁶⁾. Daß der Kaiser nicht den gänzlichen Untergang der Pfandrechte nachstehender Gläubiger habe behaupten wollen, geht unzweideutig aus den Basiliken hervor, welche die Worte des Kaisers zwar auch dahin übersezen⁸⁷⁾:

Ἐὰν τὸ ἐνέχυρον ἐπώλησεν ὁ πρῶτος δανειστής, τῷ δευτέρῳ οὐδὲν ὑπεστίν,

jedoch jeder irrigen Auffassung dadurch vorbeugen, daß sie kurz vorher das Verhältniß des Pfandkäufers also feststellen⁸⁸⁾:

Ἐὰν τις ἀπὸ προγενεστέρου δανειστοῦ πρᾶγμα ἡγοράσεν ὑποκειμενον, ἐπειδὴ τὸ δίκαιον ὑπεισῆλθε τοῦ πρᾶτου, βοηθεῖται ἐνεκεν τῶν ἄλλων.

Wer vom vorgehenden Pfandgläubiger das Pfand kauft, soll gegen die übrigen Pfandgläubiger Schutz finden, weil er in das Recht des Verkäufers eingetreten ist. Ein klareres Zeugniß für unsere Behauptungen kann es nicht geben.

B. Wer vom Pfandgläubiger das Pfand kauft, aber zugleich Bürge oder selbstständig Pfandgläubiger des Schuldners ist, bleibt dem Auskaufrechte nachstehender Pfandgläubiger unterworfen, weil er durch seine besondere Stellung zum Schuldner behindert ist, der zur Entfristung der Currede: *si non sibi ante pignoris hypothecaeve nomine sit res obligata* vorgeschützten Replik: *aut si per creditorem stat, quominus solvatur* die *duplicatio doli* entgegenzusetzen⁸⁹⁾; ein sicheres Zeichen, daß der Pfandverkauf das Pfandrecht des Verkäufers auf den Käufer übertragen und das Pfandrecht nachstehender Gläubiger nicht getilgt hat.

⁸⁵⁾ l. 4, l. 5 D. de pignor. act. (13. 7), l. 7 C. de distr. pign. (8. 28), l. 3 §. 1 C. de jure impetr. dom. (8. 34). — — ⁸⁶⁾ l. 12 pr. §. 9 fin. D. qui potior. (20. 4). — — ⁸⁷⁾ Basil. XXV, 4 c. 17 (Heimb. III, p. 78): *Si primus creditor pignus vendiderit, secundo nihil superest.* — — ⁸⁸⁾ Basil. XXV, 4 c. 15 (Heimb. III, p. 78): *Si quis a priore creditore rem obligatam emerit, quia successit in jus venditoris, propter reliquos ei succurritur.* — Im Ueber hat das entsprechende Rescript (l. 3 C. de his, qui in prior. cred. 8. 19) einen anderen Sinn. — S. §. 29. — — ⁸⁹⁾ C. C. 227 not. 37.

a. Hinsichtlich des Pfandkäufers, welcher zugleich Bürge ist, heißt es bei

Papinianus lib. 2 Responsorum⁹⁰⁾:

Fidejussor conventus, officio judicis assecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: Nilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate juris fieri solet.

Der Bürge, welcher das vom Hauptschuldner dem Gläubiger bestellte und vom Gläubiger zu seiner Befriedigung verkaufte Pfand ankauft, erwirbt gleich jedem anderen Käufer das Eigenthum des Verpfänders und das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers.

α. Der Erwerb des Eigenthums wird geradezu in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin vom Jahre 204 anerkannt⁹¹⁾ und indirect dadurch erwiesen, daß der Bürge kraft des allgemeinen Auftrags zu einer dem Schuldner möglichst vortheilhaften Schuldtilgung auch zum Ankauf und Eigenthumserwerbe des Pfandes behuf dessen demnächstiger Rückerstattung und Rückübertragung an den Schuldner⁹²⁾ für beauftragt gilt, daher sowohl mit der mandati actio contraria auf Ersatz seiner Auslagen mit Zinsen gegen Herausgabe des Pfandes mit Früchten klagen, als auf Restitution und Tradition des Pfandes mit Früchten gegen Empfang der Auslagen mit Zinsen⁹³⁾, oder gegen Befreiung von den statt der Zahlung des Kaufgelbes etwa übernommenen Verbindlichkeiten⁹⁴⁾, mit der mandati actio directa belangt werden kann, und sich dagegen nicht auf das neben dem Eigenthume erworbene Pfandrecht des Verkäufers berufen darf, weil der exceptio hypothecaria bei Ablehnung des angebotenen Ersatzes die Replik selbstverschuldeter Nichtzahlung entgegenstehen würde, ohne daß der vom Bürgen nicht zum habere licere, sondern zur Rückerstattung an den Schuldner gemachte Ankauf

⁹⁰⁾ l. 2 D. de distr. pign. (20. 5). — Cujac. (opp. IV, p. 899 sqq.). — cf. l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — — ⁹¹⁾ l. 1 C. de dolo malo (2. 21): Si fidejussor a creditore pignora emerit . . . dominiū cum fructibus restituat. — Basil. X, 3 c. 41 (Heimb. I, p. 503). — — ⁹²⁾ C. 229 not. 25. — — ⁹³⁾ l. 59 §. 1 D. mand. (17. 1), l. 32 pr. de neg. gest. (3. 5), l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — Cujac. (opp. IV, p. 921 sq.). — l. 1 C. de dolo malo (2. 21). Das hier erwähnte de dolo iudicium ist die actio mandati. cf. l. 21 pr. D. de evict. (21. 2), Cujac. obs. III, 37 fin. (opp. III, p. 84 sq.), Donell. comm. XV, 41 §. 28. — Gasse in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. V, S. 69. — A. M. ist Schneider subd. Klagen C. 362 ff. — — ⁹⁴⁾ l. 26 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1).

der Sache zur *doli duplicatio* geeigneten Stoff bieten könnte⁹⁵). Damit der Bürge als Pfandkäufer zur Vorschüßung der *doli duplicatio* befähigt sei, muß er vom Schuldner durch die Erlaubniß, das Gekaufte zu behalten (*ut emta habeat*), der aus dem Mandat entspringenden Verbindlichkeit zur Rückübertragung besonders entzogen sein, oder vielmehr gleich von dem Schuldner für den Fall, daß er dem Gläubiger Zahlung zu leisten hätte, für einen der geleisteten Zahlung gleichen Preis das Eigenthum des Pfandes gekauft haben⁹⁶).

Ohne diese Voraussetzung kann der vom Bürgen bewirkte Ankauf des Pfandes dem Schuldner nur vortheilhaft, wenigstens keinen Falls nachtheilig sein, mag das Pfand theuer oder wohlfeil verkauft werden; denn der theure Preis wird vom Verkäufer als Pfandgläubiger durch gleichmäßige Tilgung der Pfandschuld oder Herausgabe des Ueberschusses dem Vermögen des Schuldners wieder zugeführt⁹⁷), und das für den billigen Preis erstandene werthvollere Eigenthum macht der Käufer als Mandatar zum Vermögen des Schuldners zurückkehren. Aus diesem Grunde darf der Bürge den auf Zahlung dringenden und an sich keineswegs auf die Befriedigung durch Pfandverkauf zunächst verwiesenen⁹⁸) Gläubiger, gegen Zahlung der Pfandschuld durch *exceptio doli*, oder falls die *exceptio in jure* vorzuschügen unterlassen worden, sogar durch das *officium judicis*⁹⁹) außer zur Cession der Klagen¹⁰⁰) auch zum Verkaufe der Pfänder nöthigen (*nam hujusmodi venditio necessitate juris fieri solet*)¹⁰¹), und der Gläubiger dieser Nöthigung nur dann widerstehen, wenn

⁹⁵) l. 59 §. 1 D. mand. (17. 1) . . neque habendum similem extra-neo emtori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat. — l. 1 C. de dolo mal. (2. 21) . . ne fidei ruptae gratia de dolo possit actio exerceri. — — ⁹⁶) l. 81 de contrah. emt. (18. 1) — si non in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est et contractam esse obligationem. cf. l. 71, pr. l. 203 D. de V. S. (50. 16), l. 1 §. 1 D. si quis aliq. test. (29. 6). — — ⁹⁷) l. 6 §. 1, l. 7, l. 42 D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁹⁸) l. 51 §. 3 D. de fidej. (46. 1), l. 11, l. 14 C. eod. (8. 41), nov. 4 c. 1. — Cujac. (opp. IV, p. 961 sq.). — — ⁹⁹) Ueber das offic. judic. bei stricti jur. actiones f. l. 38 §. 7 D. de usur. (22. 1), l. 8 D. de re judic. (42. 1). — — ¹⁰⁰) l. 17, l. 36, l. 39 D. de fidej. (46. 1), l. 2, l. 14, l. 21 C. eod. (8. 41), l. 45 §. 9 D. de jure fisci (49. 14), nov. 4 c. 1 fin. — — ¹⁰¹) cf. l. 26 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 5 C. de sent. et interloc. (7. 45). — In der ersten Stelle will Cujac. (opp. VI, p. 650 sqq.) ohne Grund a potestate verändern in a principe. — cf. Basil. XXV, 2 c. 26 (Heimb. III, p. 70) — κατὰ ψῆφον ἔλαβε — ex sententia suscepit. — l. 3 §. 1 D. de reb. eor., qui sub tut. (27. 9) — Pignori tamen capi jussu Magistratus vel Praesidis vel alterius Potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. — Brisson. de verb. sign. s. v. Potestas. — Schol. 4. 5 zu Basil. XIV, 1 c. 59 §. 1 (Heimb. II, p. 141).

ihm das Pfand außer der verbürgten Schuld noch anderweit haftet und diese Sicherung durch den Verkauf gefährdet würde¹⁰²⁾). Eben- daher ist aber auch die Befugniß, den Gläubiger gegen Zahlung der Schuld zum Pfandverkauf zu nöthigen, sowohl jedem Dritten, der nicht zugleich Bürge ist, als auch dem Bürgen hinsichtlich aller nicht gerade vom Schuldner bestellten Pfänder ausdrücklich abgesprochen.

Auf den ersten Punkt bezieht sich folgendes Rescript¹⁰³⁾:

Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Vieto.

Res obligatas exterus debito soluto liberando datum petere, non earum dominium adipisci potest. — Dat. 2 Cal. Nov. Reciariae C. C. Coss. —

Jeder Nichtbürge, welcher im Gegenfaze des Bürgen *exterus* genannt wird¹⁰⁴⁾, soll vom Rechte, durch Zahlung der Pfandschuld den Eigenthumserwerb des Pfandes zu erzwingen, ausgeschlossen und auf die *actio negotiorum gestorum contraria* zum Ersatz der Auslagen (*datum*) beschränkt sein.

Den zweiten Punkt berührt:

Paulus lib. 4 Responsorum¹⁰⁵⁾

Paulus respondit: fidejussorem, in quem pignora a confidejussoribus data translata sunt, non emtoris loco substitutum videri: sed ejus, qui pignora accepit; et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere.

Der Mitbürge hat dem Mitbürgen keinen Auftrag zur Schuld- tilgung und zum Ankauf seiner Pfänder gegeben. Der Mitbürge würde daher gegen den Mitbürgen, welcher dessen vom Gläubiger verkaufte Pfänder käuflich erstanden hat, gegen Erstattung der Aus- lagen mit Zinsen nicht auf Rückgabe der eigenthümlich erworbenen Pfandsache mit Früchten klagen, wohl aber gegen den Gläubiger, welcher zu billig verkaufte, auf Schadloshaltung die *pignoratitia actio* anstellen können¹⁰⁶⁾. Wäre nun dem vom Gläubiger belangten Mitbürgen das Recht ertheilt, gegen Zahlung der Bürgschaftsschuld den Verkauf des von dem Mitbürgen für seine Schuld bestellten Pfandes zu erzwingen: so würde dieses eine Unbilligkeit sowohl gegen den des Wiedereinlösungsrechts beraubten Mitbürgen, als gegen den

¹⁰²⁾ l. 2 C. de fidej. (8. 41). S. §. 33. — — ¹⁰³⁾ l. 21 C. de pign. et hyp. (8. 14), cf. l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). S. §. 24. — — ¹⁰⁴⁾ l. 59 §. 1 D. mand. (17. 1) . . Fidejussorem — qui rem pignoris jure obligatam a creditore emit . . non habendum similem extraneo emtori. — Basil. XIV, 1 c. 59 §. 1. Schol. 3. 4. 5 (Heimb. II, p. 141). — — ¹⁰⁵⁾ l. 59 D. de fidej. (46. 1). — — ¹⁰⁶⁾ l. 4, l. 9 C. de distr. pign. (8. 28), l. 7 C. eod., l. 1, l. 4, l. 5 C. si vend. pign. agat. (8. 30), l. 22 §. 4 D. de pign. act. (13. 7), l. 3 §. 5 C. de impetr. dom. (8. 34).

für zu billigen Verkauf dem Verpfänder verantwortlichen Gläubiger enthalten. Der Mitbürge ist daher gegen Zahlung der Schuld zwar befugt, die Cession aller Klagen des Gläubigers gegen Schuldner und Bürgen mit Einschluß der Pfandklage wegen der von den Bürgen bestellten Pfänder¹⁰⁷⁾, aber nicht den Verkauf der von den Bürgen gegebenen Pfänder zu verlangen. Folgeweise ist anzunehmen, daß der Gläubiger, welcher dem zahlenden Mitbürgen die von dem anderen Mitbürgen gestellten Pfänder einfach ausantwortet, nicht das Recht des Verpfänders, sondern nur sein eignes Recht an den Pfändern übertragen wolle. Der zahlende Mitbürge soll nicht als Käufer Eigenthum, sondern nur als Cessionar Pfandrecht und Pfandbesitz an den überantworteten Pfändern erworben haben; soll ebendaher die nicht in sein Eigenthum, sondern nur in sein Pfandrecht fallenden Früchte¹⁰⁸⁾ nicht behalten dürfen, sondern dieselben dem Verpfänder und Eigenthümer gegen Zahlung der Pfandschuld zu restituiren haben, und, sofern er sie verzehrt, deren Werth zunächst mit den Zinsen, sodann mit dem Hauptstamme der Pfandforderung aufzurechnen¹⁰⁹⁾, auch zu dem Ende sowohl über die Früchte, als über die Zinsen Rechnung zu stellen, für verbunden erachtet werden¹¹⁰⁾.

β. Der Erwerb des Pfandrechts auf Seiten des Bürgen, welcher das vom Gläubiger zum Verkauf gebrachte Pfand des Hauptschuldners ankauft, wird ebenfalls theils ausdrücklich anerkannt, theils indirect bestätigt. Ausdrücklich anerkannt durch die Worte des oben abgedruckten Papinian'schen Bruchstücks: *hujusmodi venditio transferendi pignoris causa fieri solet*, und in einer Basilikenscholie, welche die dem Bürgen durch das Pfandrecht zu Theil gewordene Schuldsicherheit hervorhebt¹¹¹⁾, was wieder nur so gedacht sein kann, daß die vom Pfandgläubiger überkommene persönliche Forderung immerhin gegen die im Eigenthume des Pfandes empfangene *satisfactio* als *Civilobligation* hinweggefallen und nur *propter*

¹⁰⁷⁾ l. 17, l. 36, l. 39 D. de fidej. (46. 1), l. 11 C. de fidej. (8. 41). S. 191 f. — ¹⁰⁸⁾ l. 3 C. ex quib. caus. pign. (8. 15), l. 1 C. de partu pign. (8. 25), l. 29 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 26 §. 2 D. eod., l. 1, l. 2, l. 3 C. de pignor. act. (4. 24), l. 8 D. in quib. caus. (20. 2), l. 32 §. 1 D. ad ScT. Vellej. (16. 2). — Ueber Paul. sent. rec. II, 5 §. 2 cf. Hufschke Stud. S. 371 und Zeitschr. f. Civ.-Proc. Bd. 20 S. 263 ff., welcher mit Bezug auf l. 8 D. in quib. caus. (20. 2) statt *tenetur* lesen will *retinetur*. — ¹⁰⁹⁾ l. 1, l. 2, l. 3, l. 12 C. de pignor. act. (4. 24). — ¹¹⁰⁾ l. 3 C. de pignor. act. (4. 24) — *fructus . . in rationem exonerandi debiti computare necesse habet*. — ¹¹¹⁾ Schol. 1 zu Basil. XXV, 2 c. 2 (Heimb. III, p. 67) . . . *τὴν ἀσφάλειαν τοῦ χρέους τὴν γενομένην ἀπὸ τοῦ ἐρεχθίου* — *securitatem debiti per pignus effectam*.

pignus oder *propter praecedentis contractus auctoritatem* sowohl hinsichtlich des Hauptstammes, als wegen des Rechts, selbst bei einer *pecunia gratuita* bis zum Verlaufe gesetzlicher Zinsen zum wenigsten an die Früchte des Pfandes sich zu halten¹¹²⁾, auch hinsichtlich der Zinsen der Zwischenzeit als *Naturalobligation* übrig geblieben sein mag, daß dieselbe aber bezungeachtet insofern auch der nach Betrag und Inhalt gleichen Mandatsforderung ihre pfandrechtliche Sicherung mittheilt, als sie bis zu der nothwendig beide Schuldforderungen zusammen tilgenden Zahlung dem durch Klage und Einrede geltend zu machenden Pfandrechte den erforderlichen Rückhalt darbietet¹¹³⁾. Indirect bestätigt dadurch, daß dem zweiten Pfandgläubiger sogar gegen den Käufer und Bürgen das Auskaufsrecht gebühren soll.

Das Auskaufsrecht besteht in der Befugniß des einen Pfandgläubigers, vom anderen Pfandgläubiger gegen Zahlung der Pfandschuld dessen Pfandklage nebst dazu gehöriger Forderung mittelst fingirter Cession als *utiles actiones suo nomine* zu erwerben¹¹⁴⁾, beruhet also im vorliegenden Falle auf der doppelten Voraussetzung, daß der Pfandverkauf so wenig das Pfandrecht des zweiten Gläubigers, als das Pfandrecht des ersten Gläubigers zerstört, sondern ersteres ungeschwächt gelassen und letzteres neben dem Eigenthume des Verpfänders auf den Käufer der Sache übertragen hat. Es ist aber überdies erforderlich, daß der erste Pfandgläubiger, gegen welchen der zweite Pfandgläubiger den Auskauf üben will, das Angebot der Zahlung nicht aus gerechtem Grunde ablehnt, vielmehr bei Ablehnung der Zahlung der Pfandklage des zweiten Gläubigers unterliegt, weil er seine Einrede des älteren Pfandrechts gegen die Replik selbstverschuldeter Nichtbefriedigung durch die Duplik der Arglist aufrecht zu halten außer Stande ist. In der That muß die Duplik der Arglist demjenigen Käufer, welcher zugleich Bürge ist, nicht bloß gegen den Schuldner, sondern auch gegen den zweiten Pfandgläubiger verweigert werden, wenn dieser dem Käufer den Betrag seiner *Naturalobligation* oder was auf dasselbe hinausläuft, den Betrag der im Auftrage des Schuldners zum Ankauf des Pfandes gemachten Auslagen mit Zinsen der Zwischenzeit zu erstatten bereit ist; denn eigentlich bietet der zweite Pfandgläubiger die Zahlung im Namen des Schuldners an, und ein solches Angebot eines Dritten ist nicht weniger, als das vom Schuldner selbst gemachte Angebot, geeignet, durch Bezugnahme auf das zwischen dem Schuldner und dem Bürgen bestehende Mandatsverhältniß die Duplik der Arglist auszuschließen.

¹¹²⁾ l. 8 D. in quib. caus. pign. (20. 2), cf. l. 26 pr. D. de conduct. indeb. (12. 6). — C. §§. 29. 35. — ¹¹³⁾ C. C. 231. — ¹¹⁴⁾ C. §. 32

Der Auskauf verschafft also dem zweiten Pfandgläubiger zu dem eignen, einer klagbaren Hauptforderung zur Sicherheit dienenden Pfandrechte durch fingirte Cession als *utilis hypothecaria actio* das auf den Bürgen in Folge des Kaufs durch fingirte Cession als *utilis hypothecaria actio* übergegangene Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers mit einer nur um des Pfandrechts willen als fort-dauernd angenommenen Naturalobligation und befriedigt zugleich den Bürgen wegen seiner Mandatsforderung, läßt aber das Eigenthum der Pfandsache in den Händen des Bürgen zurück, der deshalb zur Restitution und Tradition nach wie vor dem Schuldner mittelst der *actio mandati directa* verhaftet bleibt.

b. Der Pfandkäufer, welcher zugleich selbstständig Pfandgläubiger ist, steht in einem ähnlichen Verhältniß, wie der Pfandkäufer, welcher zugleich Bürge ist. Es heißt von ihm in der Rechtsammlung:

Marcianus lib. singul. ad formul. hypothecar. ¹¹⁵).

Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenerunt.

Modestinus lib. 8 Regularum ¹¹⁶).

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse: et ideo offerri ei a debitore potest.

Hiernach erwirkt auch der von Marcian mit dem Bürgen zusammengestellte zweite Pfandgläubiger, welcher das vom ersten Pfandgläubiger zum Verkauf gebrachte Pfand erseht, zugleich das Eigenthum des Verpfänders und das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers, ohne das eigne zweite Pfandrecht zu verlieren.

a. Der Erwerb des Eigenthums folgt aus Marcian's Ausdrücken: *pignora suscipere* und *emtionis titulo tenere*, zumal beide sowohl vom Bürgen, als vom zweiten Pfandgläubiger gebraucht sind. Zweifel dagegen könnte freilich Modestinus erregen, weil er vom zweiten Pfandgläubiger sagt: *non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse*; allein diese Worte haben nur den Sinn, welchen Papinian hinsichtlich des Bürgen dahin ausdrückt ¹¹⁷): *hujusmodi venditio transferendi pignoris causa fieri solet*, daß zwar Eigenthum erworben werde, daß jedoch nicht der Erwerb dauernden Eigenthums, sondern der Erwerb des ersten fremden Pfandrechts, um

¹¹⁵) l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — — ¹¹⁶) l. 6 D. de distr. pign. (20. 5). — — ¹¹⁷) l. 2 D. de distr. pign. (20. 5). C. C. 236 ff.

dadurch das zweite eigne Pfandrecht wirksam zu erhalten, wesentlicher Zweck des Kaufs, wesentlicher Beweggrund des Käufers sei.

Obgleich nämlich der zweite Pfandgläubiger nicht wie der Bürge, weder dem Hauptschuldner zum Ankauf des Pfandes behuf dessen Rückerstattung, noch dem ersten Pfandgläubiger zur Bezahlung der Pfandschuld sich verpflichtet hat, und weder den ersten Pfandgläubiger durch *exceptio doli* zum Verkaufe, noch den Schuldner durch irgend eine Klage zur Zurücknahme des Pfandes zwingen kann¹¹⁸⁾, da er die Hauptforderung des ersten Gläubigers zwar durch fingirte Cession überkommen, aber sofort gegen den Erwerb des Eigenthums der Pfandsache als *Civilobligation* daran gegeben und nur um des Pfandrechts willen als *Naturobligation* beibehalten hat¹¹⁹⁾, folglich gegen den Schuldner auf die Klage aus der ursprünglich eignen Forderung beschränkt ist, soweit er nicht auch diese Forderung bereits durch Compensation mit dem ihm gleichfalls verpfändeten *superfluum* des Kaufpreises verloren haben sollte¹²⁰⁾: so würde er doch die *bona fides* gegen den Verpfänder verletzen, wenn er statt des ihm vom Verpfänder allein eingeräumten Rechts, die verpfändete Sache zu seiner Befriedigung zu verkaufen, dieselbe vielmehr zu dauerndem Haben gekauft haben wollte. Auch nach dem Ankauf des Pfandes bleibt er daher aus dem von ihm selbst mit dem Verpfänder — wenn gleich vielleicht vollständig erst durch den zufolge des Kaufs ermöglichten Besitzerwerb — abgeschlossenen Pfandrealecontracte der *directa pignoratitia actio* des Verpfänders unterworfen, dergestalt, daß er trotz seines Eigenthums *culpa* zu prästiren und dem Verpfänder, sobald derselbe zur Bezahlung sowohl der ersten als der zweiten Pfandschuld sich bereit erklärt, die Pfandsache zu restituiren und zu tradiren hat¹²¹⁾.

In Berücksichtigung dieser Umstände paßt vollkommen die auch mit den thatsächlichen Verhältnissen gewöhnlich übereinstimmende Aeußerung *Modestin's*, daß der zweite Pfandgläubiger als Pfandkäufer so anzusehen sei, als ob er nicht des Eigenthumserwerbs, sondern der Erhaltung seines Pfandrechts halber das Geld gezahlt habe. Dieselbe Aeußerung zeigt aber zugleich,

β. daß der zweite Pfandgläubiger durch den Kauf auch das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers erworben hat; denn nur durch diesen Erwerb kann die Wirksamkeit des zweiten Pfandrechts ohne sonstige Gefährdung des zweiten Gläubigers als Pfandkäufers erhalten werden. Der zweite Pfandgläubiger würde sonst nicht ein-

¹¹⁸⁾ l. 29 D. fam. herc. (10. 2) . . Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit. — Basil. XLII, 3 c. 29 fin. — *Eschol.* 1. 3 ad h. l. (Heimb. IV, p. 269 sq.). — *§.* 26. — — ¹¹⁹⁾ *§.* 225. — — ¹²⁰⁾ l. 12 §. 5 D. qui potior. (20. 4). — *§.* 126 ff. — — ¹²¹⁾ l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — *§.* 92.

mal im Stande sein, gegen den zur Bezahlung der zweiten Pfandschuld bereiten dritten Pfandgläubiger die Erstattung des dem ersten Pfandgläubiger bezahlten Kaufpreises zu erzwingen¹²²⁾. Ueberdies folgt daraus, daß Marcian den zweiten Pfandgläubiger hinsichtlich der Verpflichtung, wie vom Schuldner, so auch von einem dritten Pfandgläubiger sich abfinden zu lassen, dem Bürgen gleichstellt, welcher nur wegen des vom Verkäufer erworbenen Pfandrechts der Abfindung unterworfen sein kann, daß der zweite Pfandgläubiger ebenfalls in das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers nachgefolgt sein muß, um eben so weit der Abfindung ausgesetzt zu sein¹²³⁾. Wiefern aber durch den Pfandverkauf des ersten Gläubigers an den zweiten Gläubiger das Pfandrecht des dritten Gläubigers nicht untergeht, vielmehr der Letzte zum Auskauf berechtigt bleibt, weil die gewissermaßen im Namen des Schuldners angebotene Zahlung bei verweigerter Annahme die Einrede besseren Pfandrechts durch die Replik selbstverschuldeter Nichtbefriedigung entkräften würde, ohne daß dem zweiten Pfandgläubiger gegen den dritten Pfandgläubiger mehr als gegen den Verpfänder selbst eine *doli duplicatio* zustehen könnte: sofern muß durch den Pfandverkauf des ersten Gläubigers außer dem Eigenthume des Verpfänders auch das Pfandrecht des ersten Gläubigers und zwar in Form der *utilis hypothecaria actio* mittelst fingirter Cession auf den zweiten Pfandgläubiger als Pfandkäufer übergegangen sein.

Durch den Auskauf erwirbt also der dritte Pfandgläubiger zu dem eignen eine klagbare Forderung sichernden Pfandrechte durch fingirte Cession hinzu: erstens das Pfandrecht und die klagbare Forderung des zweiten Gläubigers, soweit die letztere nicht bereits durch die Compensation mit dem superfluum des Kaufpreises der verpfändeten Sache getilgt ist; zweitens das auf den zweiten Pfandgläubiger in Folge des Kaufs durch fingirte Cession übergegangene Pfandrecht des ersten Gläubigers mit einer nur des Pfandrechts wegen bestehen gebliebenen Naturalforderung. Der zweite Pfandgläubiger dagegen behält das Eigenthum der Pfandsache in Händen, ist aber nunmehr nach erhaltener Befriedigung ohne Weiteres verpflichtet, dasselbe dem Verpfänder auf dessen *pignoratitia actio directa* durch Tradition zurückzugeben.

Da hiernach auch das durch den Ankauf des Pfandes für den zweiten Pfandgläubiger und für den Bürgen eintretende Rechtsverhältniß die Wahrheit des Sazes bestätigt, daß der Pfandverkauf des

¹²²⁾ l. 12 §. 1 D. qui potior. (20. 4). — C. §. 25. — l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). C. §. 33. — — ¹²³⁾ cf. Schol. 5. 7 zu Basil. XIV, 1 c. 59 §. 1 (Heimb. II, p. 141).

Gläubigers auf den Käufer, wie wenn cedirt wäre, eine utilis hypothecaria actio suo nomine überträgt, so bleibt schließlich nur noch zu bemerken, daß mit den hier entwickelten Grundsätzen folgende Erscheinungen im vollsten Einklange stehen:

1. Sowohl der Verpfänder, als der zweite Pfandgläubiger kann demjenigen, welcher das Pfand vom ersten Pfandgläubiger kaufte, aber an einem vom ersten Pfandgläubiger begangenen dolus Theil nahm oder durch Gunst des Pfandgläubigers einen zu geringen Preis bezahlte und insoweit des Pfandgläubigers dolus vertreten mußte^{123a)}, gegen Erstattung des Kaufgeldes mit Zinsen das Pfand mit Früchten wieder abnehmen¹²⁴⁾; denn

a. der Verpfänder stellt die actio Publiciana an und begegnet der exceptio dominii des Pfandkäufers durch die replicatio doli¹²⁵⁾, und der wegen des Rechts stillschweigender Antichrese¹²⁶⁾ auch auf die Zinsen bezüglichen utilis hypothecaria exceptio durch das Zahlungsangebot und bei Ablehnung desselben durch die Replik selbstverschuldeter Nichtbefriedigung, welche der Pfandkäufer seines eignen beziehungsweise des fremden dolus wegen außer Stande ist, durch eine doli duplicatio zu entfräften;

b. der zweite Pfandgläubiger stellt die Pfandklage an und darf die exceptio dominii überhaupt nicht fürchten¹²⁷⁾, die Einrede besseren Pfandrechts aber wieder durch das Zahlungsangebot und bei Ablehnung desselben durch die Replik selbstverschuldeter Nichtbefriedigung unwirksam machen, da dem Pfandkäufer dagegen wegen des eignen beziehungsweise fremden dolus keine duplicatio doli zusteht.

2. Die Frau, welche als Intercedentin für eine fremde Schuld ihr Eigenthum verpfändet hat, kann dasselbe, nachdem es vom Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung verkauft ist, nebst Früchten selbst dem gutgläubigen Käufer mit einer in rem actio wieder abfordern, ohne den Kaufpreis ersetzen zu müssen, da sie sowohl der exceptio dominii, als auch „ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor“, der exceptio utilis hypothecaria die replicatio Scti Vellejani entgegen zu setzen vermag¹²⁸⁾.

^{123a)} l. 149 D. de reg. jur. (50. 17). — — ¹²⁴⁾ l. 1, l. 3, l. 4 C. si vend. pign. agat. (8. 30), l. 2 C. de praed. et aliis reb. min. (5. 71). — Anders beim gutgläubigen, hinsichtlich des Preises nicht begünstigten Käufer, cf. l. 1, l. 5 C. si vend. pign. ag. (8. 30), l. 7 C. de distr. pign. (8. 28). — — ¹²⁵⁾ l. 16, l. 17 D. de Publ. act. (6. 2), l. 72 D. de reiv. (6. 1), l. 4 §. 29. 31. 32 D. de doli exc. (44. 4), l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 5), l. 27 §. 1, l. 23 D. de noxal. act. (9. 4), l. 57 D. mand. (17. 1). — — ¹²⁶⁾ l. 8 D. in quib. caus. pign. (20. 2), cf. l. 26 pr. D. de condict. ind. (12. 6). — — ¹²⁷⁾ C. C. 240 zu not. 112. — — ¹²⁸⁾ C. C. 105 not. 95. — — ¹²⁸⁾ l. 32 §. 1 D. ad Sct. Vellej. (16. 1), l. 39 §. 1, l. 40 D. de reiv. (6. 1), l. 7 C. ad Sct. Vellej. (4. 29), l. 11 C. de distr. pign. (8. 28).

3. Die Pandecten behandeln die Lehre vom Pfandverkauf durch den Pfandgläubiger nicht im Titel: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur (20. 6), sondern vorher in dem eignen Titel: de distractione pignorum vel hypothecarum (20. 5), weil der Pfandverkauf das Pfandreht nicht aufhebt, sondern nur vom Verkäufer auf den Käufer überträgt.

II. Pfandverkauf des Pfandgläubigers. (Fortsetzung.)

Nachdem festgestellt ist, daß der Pfandverkauf des besitzenden oder §. 24. nicht besitzenden Pfandgläubigers mittelst fingirter Cession eine utilis hypothecaria actio auf den Käufer überträgt, bleibt nur übrig, einige besonders interessante und belangreiche Anwendungen dieses Satzes ins rechte Licht zu setzen.

I. Die erste Anwendung bezieht sich auf den jure creditoris geschehenen Pfandverkauf desjenigen Gläubigers, welcher eine Forderung zum Pfande erhalten hat. Darüber handelt folgendes Rescript:

Impp. Diocletian. et Maxim. A. A. Manassae¹⁾.

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis emtionem utiles emtori (sicut responsum est) velut ipsi creditori postulanti dandas actiones.

Nachdem Manasse die ihm verpfändete Forderung kraft seines Pfandrechts verkauft hat, soll das durch diesen Verkauf begründete Rechtsverhältniß bestimmt werden. Ist es nun an sich schon wahrscheinlich, daß die Kaiser sich dabei den Grundsätzen über den Verkauf körperlicher Pfänder angeschlossen haben, so wird diese Wahrscheinlichkeit dadurch zur Gewißheit erhoben, daß sie ihre Bestimmung für gemeinrechtlich (ordinarium) erklären und durch die Autorität eines früheren responsum (sicut responsum est) rechtfertigen. Worin besteht aber ihre Bestimmung?

Nicht darin, worin sie Mühlenbruch²⁾ sucht, indem er übersetzt: „Der Pfandgläubiger kann entweder die Forderung verkaufen, in welchem Falle statt seiner der Käufer die utilis actio erhält, oder er kann die Forderung selbst geltend machen“; denn die Worte: post nominis emtionem beziehen sich nicht bloß auf die dem Käufer, sondern auch auf die dem Verkäufer zugeschriebenen utiles actiones.

¹⁾ l. 7 C. de her. vel act. (4. 39). C. C. 9 not. 30. — C. 125 zu not. 56. — Von der Uebersetzung der Basiliken ist nur im Titucitus ein verwirrter Auszug gerettet. — cf. Basil. XIX, 4 c. 30 (Heimb. II, p. 277). —
²⁾ Cession C. 196 not. 356.

Nach dem Verkaufe können aber vernünftiger Weise nicht zugleich dem Käufer und dem Verkäufer, welcher durch den Verkauf Befriedigung erlangt hat, sondern mit Ausschluß des Verkäufers nur dem Käufer *utiles actiones* eingeräumt werden. Die Lesart: *vel*, welche dem Käufer oder dem Verkäufer (*creditor*) *utiles actiones* zusichert, ist deshalb zu verwerfen und entweder mit *halo* oder *ut*, oder mit mehreren Handschriften, wie geschehen, in *velut*³⁾ zu verwandeln, oder doch wenigstens in der Bedeutung von *velut* zu nehmen⁴⁾. Dem Käufer werden *utiles actiones* verliehen, wie dem Pfandgläubiger selbst, oder als ob er selbst Pfandgläubiger wäre (*emtori velut ipsi creditori*); der Käufer erhält mit anderen Worten die als subjectiv ausgebehnte Schuldklage sich darstellende Hypothekarklage des verkaufenden Pfandgläubigers als *utilis actio suo nomine*, und zwar ohne Cession, wie wenn cedirt wäre.

Dieses Resultat und kein anderes ist *ordinarium* und möglicher Weise schon durch *responsa* aus den allgemeinen Grundsätzen des *jure creditoris* geschehenen Verkaufs körperlicher Pfandstücke abgeleitet worden; denn solche auch anderweit bezugte Analogie⁵⁾ vermag den Forderungspfandgläubiger doch nur dem nichtbesitzenden Sachpfandgläubiger gleich zu stellen; und wie dieser außer Stande ist, die Rechte des Verpfänders am verpfändeten *corpus* durch *traditio* zu übertragen, so ist jener außer Stande, die Rechte des Verpfänders am verpfändeten *nomen* durch wirkliche oder fingirte Cession zu übermachen, weil unter allen Umständen ein wirkliches *mandatum agendi* nur hinsichtlich eigener Klagen ertheilt werden kann⁶⁾, und daher selbst dem Vormunde hinsichtlich der Klagen des Pupillen⁷⁾, geschweige also dem Pfandgläubiger hinsichtlich der Klagen des Verpfänders versagt sein muß; ein fingirtes *mandatum agendi* aber mindestens Denkbarkeit eines wirklichen *mandatum* voraussetzt⁸⁾. Da indeß die *utilis hypothecaria actio* des Forderungskäufers eben so wenig, als die *utilis hypothecaria actio* des Sachkäufers ferner durch das Zahlungsangebot der Pfandschuld beseitigt werden kann⁹⁾, vielmehr nothwendig zur Erlangung von Pfandbesitz an dem gleichzeitig dem

³⁾ Die Glosse bemerkt, daß in einigen Handschriften *ut* oder *velut* gelesen werde. Diese Lesart billigt auch Jo. Jensi in *Strictur. ad Rom. jur. Pand. et Cod.* p. 575. — Cujac. *opp.* IX, p. 240 D. — — ⁴⁾ Diese Bedeutung ist nicht ungewöhnlich. — cf. Brisson. de V. S. s. v. *vel*. — Gluck Comment. Bd. 16 §. 387 not. 1. — Schrader ad §. 4 J. de usu et hab. (2. 5), ad §. 5 J. de offic. jud. (4. 17). — — ⁵⁾ l. 15 §. 10 D. de re jud. (42. 1) . . vendent *nomen ut pignora corporalia solent*. — — ⁶⁾ §. 4 not. 23—25. — — ⁷⁾ l. 37 §. 1 D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — §. 4 not. 29. — — ⁸⁾ §. 4 not. 183 ff. — — ⁹⁾ §. 4 not. 227 not. 36.

Verpfänder eigenthümlich zu erwerbenden Gegenstände des verpfändeten nomen führen muß¹⁰⁾, und dieser Pfandbesitz in der Hand des Käufers sofort in Eigenthum sich verwandelt, weil es so dem Willen des vom Verpfänder eventuell auch zur Eigenthumsübertragung an diesem eventuell verpfändeten Gegenstände ermächtigten Verkäufers entspricht¹¹⁾: so ist der Erfolg bei der *utilis hypothecaria actio* des Forderungskäufers derselbe, wie bei der *utilis hypothecaria actio* des Sachkäufers, und kein Grund vorhanden, dem Forderungskäufer Rechte zu ertheilen, die irgend eine Abweichung von den gemeinen Regeln über den Pfandverkauf des Pfandgläubigers mit sich bringen.

Auch bei dem vom Gerichte vollzogenen Verkaufe einer als *pignus in causa judicati* in Beschlag genommenen Forderung hat das praktische Bedürfnis nie mehr erfordert, als daß dem Käufer mittelst fingirter Cession eine *utilis hypothecaria actio* übertragen werde¹²⁾.

Endlich bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß mit der verpfändeten Hauptforderung stillschweigend die zugleich verpfändeten Nebenforderungen aus Bürgschaften, Pfandrechten u. s. w. zum Gegenstande des Verkaufs gehören¹³⁾, so daß auch die ihr wegen dem verkaufenden Pfandgläubiger zustehenden *hypothecariae actiones* kraft fingirter Cession auf den Pfandkäufer als *utiles actiones suo nomine* übergehen¹⁴⁾; ferner daß der Pfandgläubiger selbst dann, wenn die eigne Forderung geringer ist, die verpfändete Forderung ihrem ganzen Betrage nach verkaufen darf¹⁵⁾, natürlich unter der Verpflichtung, den Ueberschuß des Kaufgeldes dem Verpfänder beziehungsweise dem zweiten Pfandgläubiger herauszugeben¹⁶⁾; und daß die auch dem Forderungspfandrechte zukommende Eigenschaft der Untheilbarkeit¹⁷⁾ jede Anwendung der *lex Anastasiana* auf die vom Käufer mittelst der hypothekarischen Formel anzustellenden *utiles actiones* ohne Weiteres ausschließt.

II. Die zweite Anwendung betrifft das Pfandverkaufsrecht des Austerpfandgläubigers.

Der Austerpfandgläubiger hat erstens vermöge des der Austerpfandübereinkunft ausdrücklich oder stillschweigend beigefügten *pactum de vendendo* das Recht, nach Verfall seiner Forderung¹⁸⁾ zur Befriedigung das ihm verpfändete Pfandrecht mit der dazu gehörigen

¹⁰⁾ C. C. 118 ff. — — ¹¹⁾ C. C. 227 ff. — — ¹²⁾ l. 15 §. 10 D. de re jud. (42. 1), cf. l. 15 §. 1. 8 D. eod., l. 5 C. de exec. rei jud. (7. 53). — — ¹³⁾ C. C. 199 not. 37. 38. — — ¹⁴⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). — — ¹⁵⁾ C. C. 134 f. — — ¹⁶⁾ C. C. 83 not. 79, C. 126 not. 60. — — ¹⁷⁾ l. 65 D. de evict. (21. 2). — — ¹⁸⁾ l. 4 D. de distr. pign. (20. 5), l. 8 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7).

Hauptforderung zu verkaufen¹⁹⁾. Macht der Pfandgläubiger von diesem Rechte Gebrauch, so geht durch fingirte Cession neben seiner Forderungspfandklage auch seine Pfandklage auf den Käufer über, und zwar letztere zu dem Zwecke, dem Käufer dafür Sicherheit zu gewähren, daß er durch die Forderungspfandklage den Pfandbesitz der *res debita*e erlange, um demnächst das Eigenthum derselben zu erwerben. Das Recht, an den pfandweise verhafteten Gegenständen Eigenthum zu erwerben, hat der Käufer nicht erhalten, da der Pfandgläubiger außer den eignen Rechten nur die Rechte des Pfandverpfänders zu übertragen den Willen hatte, der Pfandverpfänder aber nur zum Verkaufe, nicht zum eignen Erwerbe der verpfändeten Sachen berechtigt ist.

Auf die Befräftigung dieser Wahrheit wird folgendes Rescript mit abzielen:

Impm. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Juliano²⁰⁾.

Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore²¹⁾ facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

Denn wenn auch der Inhalt allgemein zutrifft, mag die Forderung vom Eigenthümer oder vom Pfandgläubiger verkauft sein, so scheint doch das Rescript im Codex nicht ohne Grund dem eben unter I erörterten Rescripte, welches von dem jure creditoris gesprochenen Verkaufe einer verpfändeten Forderung handelt²²⁾, unmittelbar angereihet zu sein, vielmehr — zumal da nach den Basiliken²³⁾ weder mit Balbus unter den *res obligatae* die *res debita*e ex nomine, noch mit Mühlenbruch²⁴⁾ unter dem *rerum obligatarum dominium* das Pfandrecht zu verstehen ist — auch für unseren Fall erhärten zu sollen, daß der Verkauf einer durch Pfandrecht gesicherten Hauptforderung dem Forderungskäufer hinsichtlich der für die Hauptforderung verpfändeten Sachen nicht etwa Eigenthum, sondern nur die Pfandklage (*persecutio*) ertheile, um letztere entweder — falls er als *procurator* in rem suam bestellt worden — nach freier Wahl direct im fremden oder utiliter im eignen Namen, oder — falls er kein *mandatum agendi* erhalten — nur utiliter nach Art des Gläubigers (*exemplo creditoris*)²⁵⁾ zu verfolgen. Es

¹⁹⁾ l. 7, l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). — — ²⁰⁾ l. 8 C. de her. vel act. (4. 39). — Statt Juliano lesen andere Handschriften Vigiliano. — — ²¹⁾ Die Glosse erwähnt der Lesart: *procuratori*. — — ²²⁾ l. 7 C. de her. vel act. (4. 39). C. C. 245. — — ²³⁾ Basil. XIX, 4 c. 31 (Heimb. II, p. 277). C. C. 184 not. 8. — — ²⁴⁾ Cession C. 249 ff. — — ²⁵⁾ cf. l. 2 D. si quis omitta caus. test. (29. 4), l. 1 C. de rer. permut. (4. 64).

ist nämlich ganz einfach so zu construiren, daß die Schlußworte: *persecutio tribuitur* sowohl zu dem Satze: *vel in rem suam procuratore facto*, als auch zu dem Satze: *vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris* bezogen werden und auf diese Weise den Gegensatz (*sed*) zu der Verneinung bilden: *dominium rerum obligatarum non transit*²⁶⁾.

Der Austerpfandgläubiger hat aber auch zweitens abgesehen von jeglichem der Austerpfandübereinkunft beigefügten *pactum de vendendo* bloß vermöge der Austerpfandübereinkunft das Recht, ähnlich dem Cessionar²⁷⁾, als Vertreter des Austerverpfänders das diesem vom ersten Verpfänder eingeräumte Recht des Verkaufs der verpfändeten Sache auszuführen, sobald nur die Forderung des Austerverpfänders fällig geworden ist, mag übrigens die eigne Forderung des Austerpfandgläubigers fällig oder nicht fällig sein. Die Ausübung dieses Rechts verschafft dem Käufer an der Pfandsache durch fingirte Cession des Austerpfandgläubigers dessen in der Austerpfandklage bestehendes, durch Angebot von Zahlung (*solutio*) oder Befriedigung (*satisfactio*) nicht mehr zu beseitigendes²⁸⁾ Pfandrecht und durch die im Namen des ersten Verpfänders vom Austerpfandgläubiger als pfandrechtlichen Vertreter des ersten Pfandgläubigers vollzogene Tradition das Eigenthum des ersten Verpfänders. Der Austerpfandgläubiger hingegen erwirbt an dem Kaufgelbe zuvörderst in Vertretung des Austerverpfänders für den ersten Verpfänder Eigenthum und für den Austerverpfänder Pfandbesitz, in eigner Vertretung aber für sich selbst Austerpfandbesitz, darauf soweit der Austerverpfänder berechtigt ist, um sich bezahlt zu machen, sein Pfandrecht und seine Forderung mit seiner Pfandrückgabeverbindlichkeit zu compensiren, für den Austerverpfänder dauernde Befriedigung, endlich so weit ihn die Fälligkeit der eignen Forderung berechtigt, sich selbst bezahlt zu machen, durch Compensation seiner Forderung und seines Austerpfandrechts mit der Austerpfandrückgabeverbindlichkeit, für sich selbst dauernde Befriedigung, so daß er nur den Ueberschuß über seine Austerpfandforderung an den zur *pignoratitia actio* berechtigten Austerverpfänder, wie dieser wiederum nur den Ueberschuß über seine Pfandforderung an den gegen ihn zur *pignoratitia actio* berechtigten ersten Verpfänder herauszugeben schuldig ist²⁹⁾.

Einen solchen Pfandverkauf des Austerpfandgläubigers behandelt folgendes Rescript:

Imp. Gordianus A. Lamponi et aliis³⁰⁾.

Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori

²⁶⁾ M. M. ohne allen Grund ist Nuthcr a. a. D. S. 146 f. — Vergl. oben S. 184. — ²⁷⁾ l. 7 C. de O. et A. (4. 10), l. 3 fin. D. quae res pign. (20. 3). S. S. 33. — l. 11, l. 14 D. de distr. pign. (20. 5). — ²⁸⁾ Vergl. S. 227 not. 36. — ²⁹⁾ S. S. 222 f. — ³⁰⁾ l. 1 C. si pign.

obstringi posse, jam dudum placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit. Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque, qui accepit, alii eam possessionem, cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non consistit, distrahens, dominio vos privare nequivit. Quod si non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum Principum placitis continetur. — P.P. Id. Sept. — Pio et Pontiano Coss. — 230.

Bekanntlich kann Nießbrauchsrecht sowohl vom Eigenthümer³¹⁾, als vom Nutznießer³²⁾ zum Pfande gesetzt werden. Unter beiden Voraussetzungen erhält der Pfandgläubiger das Recht, die Fruchtnutzung in der doppelten Weise zu seiner Befriedigung zu verwenden, daß er entweder Namens des Verpfänders die Früchte zieht und dieselben als eventuell zum pignus oder zur Hypothek bestellte Gegenstände jure creditoris verpfändet oder im Fall eigener Verzehrung dem Werthe nach compensirt, oder daß er das principaliter zum Pfande erhaltene Recht selbst jure creditoris verkauft und mit dem Erlöse sich bezahlt macht³³⁾. Allein falls er das verpfändete Recht selbst verkauft, so treten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem der Eigenthümer oder der Nutznießer den Nießbrauch verpfändet hat.

Im Fall des vom Nutznießer verpfändeten Nießbrauchs überträgt der Verkauf des Pfandgläubigers dem Käufer für sich und seine Erben theils durch fingirte Cession die Pfandklage des Pfandgläubigers, theils durch die im Namen des Verpfänders geschehene Uebergabe der Detention die Nießbrauchsausübung. Die Uebertragung der Nießbrauchsausübung bewirkt, daß der Käufer an den Früchten erst für den Verpfänder, sodann für sich selbst Eigenthum erwirbt³⁴⁾, läßt aber einerseits den Verpfänder nach wie vor Nutznießer bleiben und

pign. (8. 24). Erklärung. dies. Stelle unter and. b. Büchel üb. jura in re u. deren Verpfändung S. 93 ff., S. 106 f. Schmid in Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 5 S. 341 ff. — — ³¹⁾ l. 11 §. 2, l. 15 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ³²⁾ l. 11 §. 2, l. 15 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ³³⁾ l. 15 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 11 §. 2 D. eod., l. 11 §. 3 D. qui potior. (20. 4). — — ³⁴⁾ S. S. 150 not. 56 und 57 in Verbindung mit l. 38 D. de usufr. (7. 1). Marcian. . . si . . . utatur nomine ejus (sc. usufructuarii) alius, puta qui emit, vel qui conduxit. — l. 29 D. quib. mod. ususfr. (7. 4).

durch seinen Tod oder Statusverlust das ganze Verhältniß beenden³⁵⁾, andererseits den Käufer nicht einmal eine auf die Fiction quasi dominus actionis esset gestützte ususfructus vindicatio erwerben, wie sie demjenigen zu Theil wird, welcher den Nießbrauch direct vom Nutznießer kauft³⁶⁾, eben weil der Pfandgläubiger als Vertreter des Verpfänders handelte, als solcher aber weder zur wirklichen, noch gar zur fingirten Cession der Klagen des Vertretenen im Stande war³⁷⁾. Die fingirte Cession der Pfandklage ergänzt alle diese Mängel, indem die Pfandklage durch den Pfandverkauf der Pfandauslösung entzogen³⁸⁾ und im Uebrigen den Rechtszustand des Käufers, insbesondere die Detention der dem Nießbrauch unterworfenen Gegenstände wie die Fähigkeit zur Fruchtziehung und zu dem durch den Verkauf gestatteten Früchterwerbe vollkommen zu schützen geeignet ist³⁹⁾.

Im Fall des vom Eigenthümer verpfändeten Nießbrauchs verschafft der Verkauf des Pfandgläubigers dem Käufer dasselbe Nießbrauchsrecht, welches ihm der Verkauf des Verpfänders verschafft haben würde⁴⁰⁾, denn der Käufer erhält durch die im Namen des Verpfänders geschehene Quasitradition des Pfandgläubigers ein unmittelbar aus dem Rechte des Verpfänders hervorgegangenes, durchaus selbstständiges und wirkliches, wenn gleich nur auf prätorischem Schutze beruhendes Nießbrauchsrecht, welches, wie jedes andere derartige Nießbrauchsrecht durch eine utilis in rem actio, als ob ein civiler Rechtsgrund vorhanden wäre, geschützt ist⁴¹⁾ und erst mit dem Tode oder Statusverluste des Käufers endigt⁴²⁾. Dazu erhält der Käufer außerdem durch fingirte Cession des Pfandgläubigers als utilis actio dessen der Pfandauslösung nicht mehr unterliegende Pfandklage, um sich jüngerer Pfandgläubiger erwehren zu können.

Ist nun ein vom Eigenthümer verpfändeter Nießbrauch vom Pfandgläubiger in Afterspand gegeben und vom Afterspandgläubiger in Ausübung des dem Afterverpfänder vom ersten Verpfänder eingeräumten Verkaufrechts verkauft worden, so haben wir die Voraussetzungen des obigen Rescripts, welches nur überdies noch den Fall berücksichtigt, daß vom Afterverpfänder statt des ihm gebührenden Nießbrauchspfandrechts ihm nicht zukömmliches Eigenthumspfandrecht in Afterspand gegeben und vom Afterspandgläubiger in Ausübung

³⁵⁾ l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — ³⁶⁾ C. C. 203 zu not. 60. — ³⁷⁾ C. C. 4 f., C. 246 not. 6. 7. — ³⁸⁾ C. C. 227 not. 36. — C. 246 zu not. 9. — ³⁹⁾ l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — ⁴⁰⁾ l. 1 C. si pign. pign. (8. 24). — ⁴¹⁾ l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 11 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2). — cf. l. 29 §. 2 D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 29 fin. D. de usu et usufr. leg. (33. 2), l. 1 §. 9 D. de superfic. (43. 18). — ⁴²⁾ l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 4 D. eod., l. 29 D. de usufr. legat. (33. 2).

des vermeintlich dem Afterverpfänder zustehenden umfassenderen Rechts an der nur dem Nießbrauche nach verpfändeten Grundbesitzung volles Eigenthum verkauft sein sollte.

„Es sei längst anerkannt“ — schreibt Gordian — „daß dasjenige, was verpfändet worden, vom Gläubiger weiter verpfändet werden könne, so daß der Prätor dem Afterspandgläubiger eine utilis actio ertheile und denselben so lange schütze, als der verpfändete Gegenstand im Pfandrechte des Afterverpfänders verbleibe. Sei aber bloß Nießbrauch an einer Grundbesitzung zum Pfande bestellt, während der Pfandgläubiger ohne Willen des Verpfänders die Grundbesitzung selbst als verpfändet in Afterspand gegeben habe: so könne der Afterspandgläubiger dasjenige, an welchem kein Pfandrecht bestehe, dem Eigenthume des ersten Verpfänders durch Pfandverkauf nicht entziehen⁴³⁾. Nur sofern dem ersten Pfandgläubiger nicht bloß Nießbrauch (*χρησις*), sondern das volle Eigenthum (*ὅλον-ὀλόκληρον*)⁴⁴⁾, oder — wie Gordian sich wiederholt ausdrückt — die Besitzung selbst verpfändet sei, und der Afterspandgläubiger vor der dem ersten Pfandgläubiger geleisteten solutio das in Afterspand empfangene Grundstück verkauft habe, könne der Verkauf den Entscheidungen kaiserlicher Rescripte zufolge, obgleich das schuldige Geld nachträglich vom ersten Verpfänder gezahlt werde, doch nicht rückgängig gemacht werden.“

Schon die Mitte des Rescripts setzt unzweifelhaft voraus, daß der Afterspandgläubiger dasjenige, an welchem für den ersten Pfandgläubiger ein Pfandverband besteht, im vorliegenden Falle also den Nießbrauch, gültig verkaufe. Dasselbe ergibt sich aber noch deutlicher aus dem Schlusse des Rescripts, welcher geradezu anerkennt, der Afterspandgläubiger dürfe im Bereiche der im ersten pactum de vendendo dem ersten Pfandgläubiger ertheilten Verkaufsgewalt als pfandrechtlicher Vertreter des ersten Pfandgläubigers zufolge der ihm durch die Afterspandübereinkunft übertragenen Befugnisse das Verkaufsrecht des ersten Pfandgläubigers ausüben. Die Mitte des Rescripts beweist zugleich, daß der Afterspandgläubiger die durch das erste pactum de vendendo dem ersten Pfandgläubiger gesetzten Schranken inne zu halten hat, also weder andere Gegenstände, als dieser, noch unter anderen Bedingungen, Zeit- und Ortsbestimmungen zu verkaufen befugt ist. Mitte und Schluß vereint lassen endlich ersehen, daß der vom Afterspandgläubiger in den Grenzen der im ersten pactum de vendendo dem ersten Pfandgläubiger eingeräumten Verkaufsgewalt vollzogene Verkauf des dem ersten Pfandgläubiger ver-

⁴³⁾ l. 6 C. de reb. alien. non alien. (4. 51), cf. l. 7 C. ad Sc. Vellej. (4. 29), l. 1 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ⁴⁴⁾ Basil. XXV, 7 c. 19 (Heimb. III, p. 86).

pfändeten Gegenstandes dem Käufer durch Tradition beziehungsweise Quasitradition die verpfändeten Rechte des ersten Verpfänders und durch fingirte Cession die durch das Zahlungs- bezüglich Satisfactions- erbiethen des ersten Verpfänders nicht mehr zu beseitigenden Austerpfandrechte des Austerpfandgläubigers überträgt und der Käufer in Folge dessen sowohl gegen Eigenthumsansprüche des ersten Verpfänders, als gegen Pfandansprüche des ersten Pfandgläubigers und anderer jüngerer Pfandgläubiger vollkommen gedeckt ist.

Wie übrigens der Austerpfandgläubiger in Vertretung des ersten Pfandgläubigers, so kann auch der erste Pfandgläubiger selbst nach Verfall seiner Forderung die verpfändeten Rechte des Verpfänders mit dem Erfolge verkaufen, daß sie durch Tradition oder Quasitradition auf den Käufer übergehen und zugleich durch den auf fingirter Cession beruhenden Uebergang der Pfandklage des ersten Pfandgläubigers gegen die Pfandansprüche jüngerer Pfandgläubiger Schutz finden. Der erste Pfandgläubiger vermag aber durch fingirte Cession nur sein mit dem Austerpfandrechte beschwertes Pfandrecht zu übertragen, den Käufer also gegen die ungeschmälert fortdauernden Austerpfandansprüche des Austerpfandgläubigers nicht sicher zu stellen, hat vielmehr beim Verkaufe für die Abfindung des Austerpfandgläubigers zu sorgen oder zu gewärtigen, dem Käufer wegen der vom Austerpfandgläubiger drohenden Entwährung entschädigungspflichtig zu werden, weil er nicht prästirte: *potiorem se esse caeteris creditoribus*⁴⁵⁾. Nichtsdestoweniger bleibt der Verkauf desjenigen Austerverpfänders, dem vom Eigenthümer Nießbrauch verpfändet ist, auf den Rechtszustand des Austerpfandgläubigers nicht ohne Einfluß. Das durch die Verpfändung dem ersten Pfandgläubiger und durch die Austerverpfändung weiter dem Austerpfandgläubiger ohne Beschränkung auf die Lebenszeit des Einen oder des Anderen eingeräumte Recht, durch Verkauf und Quasitradition in der Person des Käufers aus dem Vermögen des ersten Verpfänders einen wirklichen Nießbrauch zu bestellen, ist endgültig zur Ausführung gebracht und eben damit die frühere Unbestimmtheit und Unbeschränktheit des pfandweise dem ersten und austerpfandweise dem zweiten Gläubiger haftenden Vermögensrechts bestimmt und beschränkt werden. Das auf den Käufer durch fingirte Cession übergegangene Pfandrecht des ersten, und ebendaher auch das Austerpfandrecht des zweiten Gläubigers bezieht sich fortan auf den in der Person des Käufers begründeten Nießbrauch, welcher als solcher mit dem Tode und Statusverluste des Käufers endigt und dann natürlich sowohl das

⁴⁵⁾ l. 1 C. credit. evict. pign. (8. 46), cf. l. 14 §. 3 D. de div. temp. praeser. (44. 3) . . . verb.: *nam qui me potior est . .*

auf den Käufer übergegangene Pfandrecht des ersten, als das davon abhängige Asterpfandrecht des zweiten Gläubigers aufhebt, mithin den im Eingange des obigen Rescripts aufgestellten Satz bewährt: *ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit*. Folgerweise kann auch der Asterpfandgläubiger, welcher genöthigt ist, gegen den Käufer sein Asterpfandrecht geltend zu machen, nur noch den in der Person des Käufers begründeten Nießbrauch verkaufen und dadurch bloß denjenigen Erfolg herbeiführen, welchen wir oben bei dem *jure creditoris* geschehenen Verkaufe eines vom Nießnießer verpfändeten Nießbrauchs beschrieben haben.

III. Die dritte Anwendung betrifft die übrigen Klagen, welche der Sachpfandgläubiger außer der *vindicatio* an der Stelle des Verpfänders mittelst der hypothekarischen Formel durchzusetzen vermag, insbesondere die confessorischen, Theilungs-, Grenzberichtigungs-, Diebstahls-, Beschädigungsklagen u. s. w.⁴⁶⁾. Folgerichtig muß der Pfandverkauf des Sachpfandgläubigers auch diese Klagen durch fingirte Cession auf den Käufer übertragen. In der That wird dieses hinsichtlich der Grenzberichtigungsklage durch folgende Stelle ausdrücklich bezeugt:

Scaevola lib. 1 Responsorum⁴⁷⁾.

Debitor in fraudem creditoris cum vicino de finibus pignori dati fundi pactus est. Quaesitum, an is, qui a creditore emit, de finibus agere possit? Respondit, secundum ea, quae praeponerentur, non idcirco minus agere posse, quod debitor ignorante creditore pactus esset.

Der Verpfänder, welcher nach der Verpfändung ohne Wissen und Willen des Pfandgläubigers gerichtlich oder außergerichtlich die Grenzen des verpfändeten Grundstücks berichtigt, präjudicirt dadurch der hypothekarischen *finium regundorum actio* des Pfandgläubigers ebenso wenig, als der Verpfänder, welcher nach der Verpfändung ohne Wissen und Willen des Pfandgläubigers und daher ohne die Möglichkeit des demselben sonst zustehenden Einspruchs⁴⁸⁾ die *reivindicatio* oder bei verpfändetem Miteigenthume die *actio communi dividundo* anstellt, der hypothekarischen *vindicatio*⁴⁹⁾ oder hypotheka-

⁴⁶⁾ C. C. 163 ff. — — ⁴⁷⁾ l. 21 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — Völlig ungenügend interpretirt bei Cujac. opp. VI, p. 715 sq. — Vgl. C. 167. — — ⁴⁸⁾ l. 63 D. de re judic. (42. 1). — — ⁴⁹⁾ l. 63 D. de re judic. (42. 1), l. 11 §. 10, l. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 3 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1).

rischen *communi dividundo actio*⁵⁰⁾ Eintrag zu thun vermag. Ist an die Stelle des Pfandgläubigers ein Cessionar oder QuasiceSSIONAR getreten, so kann dessen Klage durch die ohne Wissen des Pfandgläubigers vollzogenen Rechtsacte des Verpfänders nicht mehr ausgeschlossen sein, als die Klage des Cedenten oder Quasicedenten ausgeschlossen sein würde. Der Pfandkäufer müßte also trotz des ohne Wissen des Pfandgläubigers über die Grenzen des verpfändeten Grundstücks abgeschlossenen Vergleichs die hypothekarische *actio finium regundorum* durchzuführen im Stande sein, wenn er diese Klage neben der hypothekarischen *vindicatio* in Folge des Pfandkaufs durch fingirte Cession erworben hätte, während umgekehrt die dem Pfandkäufer als Eigenthumsnachfolger des Verpfänders gebührende directe Grenzberichtigungsklage an die vom Verpfänder als Eigenthumsvorgänger geschlossenen Vergleiche unwiderruflich gebunden sein würde⁵¹⁾. Scävola erklärt, daß der vom Verpfänder hinter dem Rücken des Pfandgläubigers geschlossene Vergleich der Grenzberichtigungsklage des Pfandkäufers nicht schade, drängt also zu dem unabweislichen Schlusse, daß die dem Pfandkäufer gegebene Grenzberichtigungsklage eine in Folge des Pfandverkaufs durch fingirte Cession des Pfandgläubigers erworbene *utilis hypothecaria actio finium regundorum* sei.

Dieser einfache Satz wird häufig verkannt, weil Scävola's Bruchstück von den Compilatoren aus Versehen in den Pandektentitel über die *actio Pauliana* und das *interdictum fraudatorium*, statt zur Lehre vom Pfandrechte gestellt worden ist. Indes hat schon Gutschke⁵²⁾ das Versehen gerügt und darauf aufmerksam gemacht, daß die Worte: in fraudem creditoris, welche zu dem Versehen werden Veranlassung gegeben haben, nur enunciativ zur Beschreibung des zufälligen Sachverhalts gebraucht, die Entscheidung aber lediglich in die Bekanntschaft oder Unbekanntschaft des Pfandgläubigers mit den Vergleichsverhandlungen des Verpfänders gelegt worden ist. Zur Bestätigung, daß nichts darauf ankommt, ob der Verpfänder bei dem ohne Wissen des Verpfänders geschlossenen Vergleiche, die Absicht, dem Pfandgläubiger zu schaden, gehabt oder nicht gehabt habe, daß der Pfandkäufer vielmehr bloß deshalb vor der auf das *pactum* des Verpfänders gestützten *doli exceptio* des Grenznachbarn gesichert sei,

⁵⁰⁾ 1. 3 §. 2 D. qui potior. (20. 4), 1. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. (20. 6), 1. 6 §. 8 D. com. div. (10. 3), Basil. XII, 2 c. 6 §. 8 u. Schol. (Heimb. I, p. 797 sq.). — — ⁵¹⁾ 1. 156 §. 3 D. de reg. jur. (50. 17), 1. 14 §. 3 D. com. div. (10. 3), 1. 16 §. 1 D. pro soc. (17. 2), 1. 28 D. de exc. rei jud. (44. 2), 1. 27 D. de evict. (21. 2). — — ⁵²⁾ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14 S. 49 f.

weil der Pfandgläubiger ohne Kunde und Genehmigung des Vergleichs nach dem bei der Verpfändung unwiderruflich ausgesprochenen Willen des Verpfänders⁵³⁾ das Grundstück verkauft und dem Käufer seine vom pactum unberührte hypothecaria actio fin. regundor. durch fingirte Cession übertragen habe, übersetzen die Basiliken die Worte: in fraudem creditoris, dem Sinne von fraus als eines mit oder ohne dolus malus zugefügten Schadens^{53a)} genau entsprechend, durch ἐν βλαβῇ αὐτοῦ⁵⁴⁾, d. h. zum Nachtheil des Gläubigers, sei es mit, sei es ohne des Verpfänders auf Benachtheiligung gerichtete Absicht.

IV. Als vierte und letzte Anwendung kommt in Betracht das Schicksal aller zufolge des vom Pfandgläubiger jure creditoris geschehenen Pfandverkaufs dem Käufer durch fingirte Cession zugefallenen utiles actiones, falls der Kauf rückgängig wird.

Ueberträgt nämlich der Verkauf der verpfändeten Sache einerseits sofort durch fingirte Cession die utile Pfandklage und, soweit der Kaufpreis reicht, die utile Schuldklage auf den Käufer, so bewirkt derselbe auch andererseits, daß durch Tradition der Besitz mit Erstlingszustand⁵⁵⁾ und, sobald der Kaufpreis gezahlt oder dem Käufer creditirt worden⁵⁶⁾, das Eigenthum der verpfändeten Sache vom Verpfänder auf den Käufer über⁵⁷⁾ und dafür zugleich die utile Schuldklage des Käufers untergeht. Wird nun das Geschäft nach seiner vollständigen Ausführung durch Redhibition oder aus irgend einem anderen Grunde rückgängig, so fällt das Eigenthum an den Verpfänder und der gezahlte Kaufpreis an den Käufer zurück, während die gegen den Erwerb des Sacheigenthums aufgegebene utile Schuldklage in der Person des Käufers wieder hergestellt wird, um nebst der utilen Pfandklage des Käufers durch exceptio doli unwirksam zu werden und durch ihre Unwirksamkeit die in der Person des Pfandgläubigers und Verkäufers zurückgebliebene directe Schuldklage und directe Pfandklage von der ihnen wegen der utilen Klagen des Käufers und Quassessionars bislang hinderlich gewesenenen exceptio doli zu befreien, so daß die directen Klagen vom Pfandgläubiger und Käufer un gehemmt wieder durchgeführt werden können⁵⁸⁾ und alles in den Zustand vor dem Pfandverkaufe zurückversetzt ist⁵⁹⁾.

Dieselbe Folge tritt ein, wenn der Pfandgläubiger beim Verkaufe des Pfandes ohne culpa für etwaige Eviction Entschädigung zu leisten versprochen und dieses Versprechen nach eingetretener Eviction erfüllt hat. Wegen des dem Käufer nicht zu Theil gewordenen

⁵³⁾ l. 14 §. 5 D. de div. tempor. praeser. (44. 3). — ^{53a)} Schol. 25 zu Basil. XI, 1 c. 7 §. 9–11 (Heimb. I, p. 570). — ⁵⁴⁾ Basil. IX, 8 c. 21 (Heimb. I, p. 480). — ⁵⁵⁾ l. 8 D. de Publ. act. (6. 2). — ⁵⁶⁾ C. C. 49 not. 61. — ⁵⁷⁾ C. C. 226 not. 34. — ⁵⁸⁾ l. 26 D. de solut. (46. 3), l. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — ⁵⁹⁾ l. 23 §. 7, l. 60 D. de aedil. ed. (21. 1).

habere licere, welches für ihn die Voraussetzung für das Fallenlassen der utilen Schuldklage war, lebt die utile Schuldklage wieder auf, um mit dem Empfange der Evictionsentschädigung ope exceptionis doli kraftlos zu werden und dadurch der in der Person des Pfandgläubigers und Verkäufers zurückgebliebenen directen Schuldklage die Möglichkeit exceptionsfreier Durchsetzung zurückzugeben⁶⁰⁾.

Etwas anders hingegen gestaltet sich die Sache, wenn der Verkauf vor seiner völligen Ausführung im Interesse des Verpfänders oder Pfandgläubigers aufgelöst wird.

Da der Uebergang des Eigenthums oder vielmehr des habere licere vom Verpfänder auf den Käufer Voraussetzung für das Aufheben der utilen Schuldklage ist, das Eigenthum und somit das habere licere aber nicht übergeht, bevor der Kaufpreis dem Pfandgläubiger bezahlt oder vom Pfandgläubiger creditirt worden, so wird auch erst mit der Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises der Schuldner in der Höhe des Kaufpreises von seiner Schuld befreit⁶¹⁾. Wird vorher der Kauf durch gegenseitige Einwilligung des Käufers und Verkäufers aufgehoben, so fallen die mit dem Kaufe durch fingirte Cession auf den Käufer übergegangenen utiles actiones hinweg, und die im verkaufenden Pfandgläubiger zurückgebliebenen directae actiones werden wieder exceptionsfrei, wie sie vor dem Verkaufe waren⁶²⁾. Geräth aber der Käufer vorher in Vermögensverfall, so daß er den Kaufpreis nicht zu zahlen vermag, so kann der Verpfänder von demjenigen Käufer, welcher bereits in Besitz gekommen ist, das Eigenthum vindiciren⁶³⁾. In Folge dessen bleibt die utile Schuldklage des Käufers ipso jure unaufgehoben, wird indeß nebst der utilen Pfandsklage, weil beide dem Käufer nur unter der Voraussetzung, daß er den Kaufpreis zahlen und dadurch das Eigenthum der Pfandsache erlangen werde, gegeben sind, durch doli exceptio entkräftet, was abermals dem Pfandgläubiger Exceptionsfreiheit der zurückgehaltenen directae actiones verschafft.

Nach den nämlichen Grundsätzen giebt Ulpian den Behörden, welche ein pignus in causa judicati captum verkauft haben, aber vom Käufer den Kaufpreis nicht sofort erhalten, den Rath⁶⁴⁾:

⁶⁰⁾ l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 23 D. de pignor. act. (13. 7), l. 59 §. 4 D. mandati (17. 1). — ⁶¹⁾ l. 26 D. de solut. (46. 3), l. 9 pr., l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — In l. 15 C. de distr. pign. (8. 28) ist Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt, weil von einem debitor quondam die Rede ist. — S. S. 231 zu not. 65. 66. — ⁶²⁾ l. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 26 fin. D. de solut. (46. 3). — ⁶³⁾ l. 5 §. 18 D. de tribut. act. (14. 4). — ⁶⁴⁾ l. 15 §. 7 D. de re judic. (42. 1).

ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi non vinculo pignoris liberatam;

d. h. daß sie die verkaufte Sache wieder an sich nehmen und aufs Neue verkaufen mögen, als wenn das durch die Beschlagnahme dem Betheiligten erworbene Pfandrecht durch den ersten Verkauf wirksam zu sein nicht aufgehört hätte.

Nur der Verpfänder oder beim *pignus in causa judicati captum* die Behörden sind es aber, denen in Fällen dieser Art ein Mittel zu Gebote steht, den Verkauf rückgängig zu machen. Der Pfandgläubiger selbst hat mit dem Verkaufe und der fingirter Weise zugleich eingetretenen Cession seiner Schulds- und Pfandklage jede Möglichkeit einer nach derselben Richtung zu entfaltenden Einwirkung verloren⁶⁵⁾ und nichts als die persönliche *actio ex vendito* auf Zahlung des Kaufpreises in Händen behalten. Um ebenfalls in der Lage zu sein, bei ausbleibender Zahlung des Kaufpreises das Geschäft durch dingliche Rechtsmittel unschädlich zu machen, muß er gleich beim Verkauf darauf Bedacht nehmen, den regelmäßig mit dem Verkaufsabschlusse durch fingirte Cession eintretenden Uebergang von *utiles actiones* auf den Käufer ausnahmsweise zu verhindern, indem er sich ausdrücklich bis zur Zahlung des Kaufpreises den einredesfreien Gebrauch seiner *directae actiones* und insbesondere seiner directen Pfandklage vorbehält.

Dieses Vorbehalts gedenkt folgende Stelle:

Ulpianus lib. 73 ad Edictum⁶⁶⁾.

... Sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit, „ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat“: dicendum erit, exceptionem ei non nocere.

Der verkaufende Pfandgläubiger, welcher dem Käufer nicht trauet, soll selbst, wenn er im Namen des Verpfänders die verpfändete Sache tradirt, sich ausbedingen dürfen, bis zu seiner Befriedigung, d. h. bis zum Empfange des Kaufpreises oder bis zu einem anderen ihm Genüge leistenden Abkommen, vom Pfandrechte nicht abzugehen, und dieser Vorbehalt soll dann bewirken, daß die *exceptio (doli)*, welche sonst der directen Pfandklage des verkaufenden Pfandgläubigers wegen der dem Käufer zu Theil gewordenen *utilis actio* hinsichtlich des durch das Kaufgeld gedeckten Theils der Forderung⁶⁷⁾, und wegen

⁶⁵⁾ l. 15 C. de distr. pign. (8.28). — C. C. 231 f. zu not. 65. 66. —

⁶⁶⁾ l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), cf. Basil. XXV, 8 c. 4 §. 1 (Heimb. III, p. 90). — Unbefriedigende Erklärungen bei Platner im Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 C. 106 und Bachofen Pfandr. Th. I, C. 572 f. —

⁶⁷⁾ C. C. 224 in Verbindung mit l. 16 pr. D. de pact. (2. 14) l. 28 D. de procur. (3. 3).

der in dem Verkaufswillen enthaltenen Remission des Pfandrechts hinsichtlich des übrigen Theils der Forderung⁶⁸⁾, schaden würde, ausnahmsweise bis zur Befriedigung des Gläubigers unschädlich bleibt⁶⁹⁾. Der Gläubiger, welcher keine Befriedigung erhält, kann also nach wie vor nicht nur gegen den Käufer, wie gegen jeden anderen Besitzer der verpfändeten Sache, um sich aufs Neue in Besitz zu setzen, die Pfandklage anstellen, sondern auch die verpfändete Sache aufs Neue verkaufen und dem neuen Käufer seine eignen exceptionsfreien directen Klagen durch fingirte Cession als exceptionsfreie utiles actiones übertragen, ohne vom ersten Käufer für sich und für den neuen Käufer irgend eine Gefahr besorgen zu müssen.

Dieses alles soll aber nur eintreten, wenn sich der Pfandgläubiger beim Verkaufe den einredefreien Gebrauch seiner directen Klagen ausdrücklich vorbehalten hat. Gewiß ist also, daß ohne solchen Vorbehalt unmittelbar mit dem Verkaufe durch fingirte Cession utiles actiones auf den Käufer übergegangen sein würden.

III. Litisaestimatio.

Weiter sind die Grundsätze des Forderungskaufs angewandt auf §. 25. die litisaestimatio, welche ja überhaupt nach den Regeln des Kaufs beurtheilt wird¹⁾.

Die einschlagenden Sätze gelten im Allgemeinen für persönliche wie für dingliche Klagen, obgleich sie für die letzteren bestimmter ausgesprochen sind. Was nämlich

I. die dinglichen Klagen betrifft, so finden sich zunächst hinsichtlich der reivindicatio folgende Zeugnisse:

1. Paulus im 21. Buche zum Edict jagt vom bon. fid. possessor, welcher den vindicirten Sklaven nachlässiger Weise entlassen ließ²⁾:

Si (sc. servus) custodiendus fuit, ipsius nomine damnari debebit: ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat.

2. Papinianus lib. 12 Quaestionum³⁾.

Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam

⁶⁸⁾ 1. 4 §. 1 init. D. cit. in Verbindung mit 1. 7 §. 3, 1. 8 §. 9 D. quib. mod. pig. (20. 6). C. C. 225. — ⁶⁹⁾ C. C. 204.

¹⁾ 1. 1, 1. 3 D. pro emt. (41. 4), 1. 7 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), 1. 22 D. de act. rer. amot. (25. 2). — ²⁾ 1. 21 D. de reiv. (6. 1). — cf. Cujac. (opp. V, p. 285 sqq.). — ³⁾ 1. 63 D. de reiv. (6. 1) C. C. 10 not. 39. — Der übrige Theil der Stelle wird später erklärt werden. cf. Cujac. (opp. IV, p. 315 sqq.). —

pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat; cum tamen Praetor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione afficietur.

3. Paulus lib. 13 ad Sabinum⁴⁾.

Is, qui dolo fecit, quominus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor ei cavere non debet: actiones, quas ejus rei nomine habet, se ei praestaturum.

4. Pomponius lib. 29 ad Sabinum⁵⁾.

Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cujusque sit, per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare.

Nach der ersten Stelle soll der mit der reivindicatio angegriffene gutgläubige Besitzer eines Sklaven, welcher hätte bewacht werden müssen, wegen Fahrlässigkeit⁶⁾ zwar zur litisaestimatio verurtheilt werden, jedoch befugt sein, soweit die vor der Einlassung begonnene usucapio nach derselben nicht vollendet ist⁷⁾ und jede Cession überflüssig, ja unmöglich gemacht hat, vom Empfänger der litisaestimatio die Abtretung seiner Klagen zu verlangen. Unter diesen Klagen versteht die Basilikenscholie mit Recht alle möglichen Rechtsmittel, welche dem Kläger als Eigenthümer zustehen⁸⁾ z. B. außer der reivindicatio die actio ad exhibendum, actio legis Aquiliae, condictio furtiva, actio de servo corrupto. Allein welche einzelne dieser Klagen gerade nöthig sein wird, mag sich oft im Voraus nicht übersehen lassen. Ueberdies ist zu fürchten, daß das gleich Anfangs ertheilte mandatum agendi später, ehe die litiscontestatio erfolgt, durch den Tod des Cessionars oder durch den Tod oder Widerruf des Cedenten die zum agere alieno nomine erforderliche Kraft verliere. Der Streitwürderungszahler soll daher, um jedenfalls die geeignete Klage nach Belieben, sei es direct im Namen des Cedenten, sei es utiliter im eigenen Namen, aufstellen zu können, nach der dritten Stelle eine Caution fordern dürfen, daß der Kläger seiner Zeit die betreffende Klage werde cediren werden⁹⁾.

⁴⁾ l. 69. D. de reiv. (6. 1). — cf. Wetzel röm. Vindicationsproc. S. 227 ff. — ⁵⁾ l. 70 D. de reiv. (6. 1). — cf. Cujac. obs. X, 6. — ⁶⁾ l. 36 §. 1 D. de reiv. (6. 1). — ⁷⁾ l. 17 §. 1, l. 18, l. 19, l. 20 D. de reiv. (6. 1), l. 10 D. quod falso tut. (27. 6). — ⁸⁾ Schol. 77 zu Basil. XV, l. c. 21 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 16). τὰς ἀγωγὰς, ἃς ἔχει ὁ δεσπότης ἐπὶ τοῦ οἰκέτου τυγχάνων — actiones, quas tanquam dominus servi habet. — ⁹⁾ Die Basiliken XV, l. c. 68 erwähnen der Caution nicht, übersetzen vielmehr: ὁ δόλω πανσάμενος νέμεσθαι τὰς ἀγωγὰς οὐκ ἐνχωρεῖται τοῦ ἐνάγοντος. — Ei, qui dolo desiit possidere, actiones suas actor non cedit. — (Heimb. II, p. 365). — cf. Schol. 1 — auch suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 31.

Wie aber das Recht, Cession und Cautio wegen künftiger Cession zu fordern, auf den als *bonae fidei possessor* belangten und nur wegen culposen Besitzverlusts verurtheilten Streitwerthzahler beschränkt, und demjenigen Beklagten, welcher sich arglistig des Besitzes entäußert hat, abgesprochen ist: so bestätigt dieses auch die zweite Stelle insofern, als der Anspruch auf Cession der vom Vindicanten erhobenen Klage (*actione sua*)¹⁰⁾ dem wegen *fraus* Verurtheilten vorenthalten und nur demjenigen zugestanden wird, welcher wegen gutgläubigen Besitzes belangt und wegen *culpa*, die überall bloß nach der *litiscontestatio* begangen sein kann¹¹⁾, verurtheilt worden ist¹²⁾. Papinian geht indeß weiter, indem er dem wegen gutgläubigen Besitzes Belangten und nur wegen *culpa* Verurtheilten auch ohne Cession, als ob cedirt wäre, prätorische Hülfe gegen den dritten Besitzer durch eine nöthigenfalls *extra ordinem* zu verhandelnde¹³⁾ *utilis in rem actio* verheißt¹⁴⁾.

Diese *utilis in rem actio* bezeichnen die Basilikenscholien mit ausdrücklicher Hinweisung auf l. 69 und l. 70 D. de reiv. (6. 1) als *πoubλικιανή ήτοι κονάσι πoubλικιανή άγωγή*¹⁵⁾, zum sichern Merkmale, daß Papinian dasselbe Rechtsmittel im Sinne hat, welches Pomponius in der vierten Stelle demjenigen, welcher *dolo possidere* desiit und deshalb die *litis aestimatio* zahlen muß, dergestalt aberkennt, daß dem Vindicanten selbst nach dem Empfange der *litis aestimatio* unbenommen ist, gegen den Besitzer der Sache eine neue *in rem actio* zu erheben¹⁶⁾, damit es nicht Jedermann frei stehe, durch Erlegung eines *justum pretium* d. h. eines nicht nach Affectionen¹⁷⁾, sondern nach dem gemeinen oder höchstens nach dem indivi-

¹⁰⁾ Nur Gaiander hat *actiones suas*, jedoch gegen die Auctorität der Gbfschr. und der Basiliken XV, 1 c. 62 (Heimb. II. p. 164. — suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 30). — ¹¹⁾ l. 45 D. de reiv. (6. 1). — cf. Schol. 118. 119 zu Basil. XV, 1 c. 45 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 25), Schol. 1 zu Basil. XV, 1 c. 45 (Heimb. II, p. 163). — ¹²⁾ Schol. 156. 157 zu Basil. XV, 1 c. 62 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 30). — ¹³⁾ S. S. 10 zu not. 39. — ¹⁴⁾ Pagenstecher (Lehre vom Eigenth. Abth. 3 S. 122 f.) giebt unrichtig die *utilis actio* auch dem desolten Proceßschätzungszahler. — ¹⁵⁾ Schol. 157 zu Basil. XV, 1 c. 63, (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 30). Schol. 4 zu Basil. LX, 5 c. 28 (Heimb. V, p. 365), Schol. Stephan. 1 zu Basil. XIII, 1 c. 13 pr. (Heimb. II, p. 16). — ¹⁶⁾ arg. l. 13 §. 14, l. 25 §. 8 D. de her. pet. (5. 3), l. 95 §. 9 D. de solut. (46. 3), cf. l. 7 D. de reiv. (6. 1). — ¹⁷⁾ l. 1 §. 15 D. si quid in fraud. patr. (38. 5), l. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 62 §. 1, l. 63 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 72 pr. D. de V. O. (45. 1) — *justa aestimatio*. — l. 36 pr. D. de don. int. V. et U. (24. 1) in Verbindung mit l. 5 §. 18, l. 55 D. eod. — Aehnlich der Gegensatz zwischen *poena* und *veritas*. — l. 7 §. 2, l. 10 D. quod falso tut. (27. 6), l. 4 §. 7 D. de damn. inf. (39. 2). —

buellen Vermögensinteresse¹⁸⁾ zu bestimmenden Preiſes den Kläger wider deſſen Willen ſeiner Sache zu berauben¹⁹⁾. Quasi Publiciana actio heißt die dem Streitwerthzahler durch wirkliche oder fingirte Ceſſion zu Gebote geſtellte utilis in rem actio, weil ſie zwar einerſeits gleich jeder Publiciana actio im engeren und weiteren Sinne — im weiteren Sinne von den Vaſiliken ἀγωγή ὁδῶν ἐν γένει genannt²⁰⁾ — auf der Fiction des Eigenthums beruhet²¹⁾, andererſeits jedoch den Grund der Fiction nicht aus einem eigenthumsähnlichen Verhältniß zur Sache, als ob der Kläger uſucapirt²²⁾ oder der Beklagte nicht uſucapirt hätte²³⁾, ſondern aus einem eigenthumsähnlichen Verhältniß zur Klage, als ob der Kläger Herr des Klagerrechts wäre²⁴⁾, ableitet und daher gegen die wahre Eigenthumsklage und Eigenthumseinrede des Gewährmanns und der Nachfolger deſſelben nicht durch eine exceptio bezüglich replicatio rei venditae et traditae²⁵⁾, ſondern nur durch eine einfache exceptio bezüglich replicatio doli geſchützt iſt²⁶⁾; ein Unterſchied, welcher inſofern Bedeutung hat, als die exceptio und replicatio rei venditae et traditae jedem Univerſal- und Singularſucceſſor des Gewährmanns ohne Unterſchied ſchadet²⁷⁾, die exceptio und replicatio doli aber unbedingt bloß die Univerſal- und die auf einer cauſa lucrative fußenden Singularſucceſſoren bedrohet, diejenigen Singularſucceſſoren dagegen, welchen ein oneroſer Titel zur Seite ſteht, ungeſährdet läßt, falls ſie nicht ſelbſt an dem dolus des Gewährmanns Theil genommen haben²⁸⁾. Der Inhaber der Quasi Publiciana actio, welcher

¹⁸⁾ l. 1, l. 4 §. 2, l. 8 D. de jur. in lit. (12. 3), l. 68 D. de reiv. (6. 1), cf. l. 5 §. 1, D. ne quis eum, qui (2. 7), l. 16 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 2 C. de jur. in lit. (5. 53). — ¹⁹⁾ v. Meyerfeldt Schenk. Th. 1, §. 25. — cf. Cic. in Verr. IV, 5. — ereptio est, non venditio. — ²⁰⁾ Basil. XV, 1 c. 69. — cf. Basil. XXV, 2 c. 18 (Heimb. III, p. 71) ſofern daſelbſt nach Heimbach's Meinung ebenfalls γενική ἀγωγή ſtatt γενική ὑπόσχεσις zu leſen iſt. — §. inſeß §. 144 not. 22. — ²¹⁾ §. 3—5 J. de action. (4. 6), l. 35 pr. D. de O. et A. (44. 7) l. 3 C. de reſtit. mil. (2. 51). — Glosſa apud Briſſon. de V. S. voce: Publiciana. — cf. l. 7 §. 4. D. de Publ. act. (6. 2), l. 24 D. de exc. rei jud. (44. 2) in Verbindung mit l. 9 §. 7, l. 11 pr. §. 1 D. de jurejur. (12. 2). — ²²⁾ Gaj. IV, 36. — ²³⁾ §. 3. 5 J. de action. (4. 6), l. 35 pr. D. de O et A. (44. 7), l. 3 C. de reſtit. mil. (2. 51). — ²⁴⁾ §. 14. — ²⁵⁾ l. 16, l. 17 D. de Publ. act. (6. 2), l. 72 D. de reiv. (6. 1), l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3) l. 57 D. mand. (17. 1), l. 4 §. 32 D. de dol. exc. (44. 4). — ²⁶⁾ l. 27 §. 1, l. 28 D. de noxal. act. (9. 4), Schol. 35—38 zu Basil. XV, 2 c. 17 (ſuppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 49). Schol. 4 zu Basil. LX, 5 c. 28 pr. (Heimb. V. p. 365). — ²⁷⁾ l. 2, l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3), l. 72 D. de reiv. (6. 1), l. 4 §. 32 D. de dol. exc. (44. 4). — ²⁸⁾ l. 4 §. 21. 27—31 D. de doli exc. (44. 4), l. 149 D. de reg. jur. (50. 17).

durch Zahlung des Streitwerths einen unbedingten Anspruch auf den erkauften Streitgegenstand erworben hat, bedarf daher zur Vervollständigung seiner Sicherheit noch der ihm von Paulus zugesprochenen Cautio des Auctors: quod per se (sc. auctorem) non fiat, possessionem ejus rei traditum non iri²⁹⁾; denn erst vermöge dieser Cautio ist er gegen die doppelte Gefahr gedeckt, daß der auctor entweder schon zur Zeit der wirklichen oder fingirten Cession selbst wieder in Besitz gewesen sei, oder zwar erst später wieder Besitz erlangt, jedoch Besitz und Eigenthum an einen für fremden dolus nicht haftenden Nachfolger veräußert habe, da der Streitwerthzahler im ersten Falle wegen der Ohnmacht des Empfängers, ein Klagerrecht gegen sich selbst abzutreten³⁰⁾, überhaupt kein Klagerrecht, im zweiten Falle, wegen der Unmöglichkeit, die exceptio dominii zu entkräften, kein wirksames Klagerrecht durch wirkliche oder fingirte Cession würde erhalten haben.

Dieselben Grundsätze, welche für die reivindicatio auseinandergesetzt sind, gelten auch für andere in rem actiones, insbesondere für die hereditatis petitio³¹⁾ und die hypothecaria in rem actio, nur daß bei letzterer Klage der Begriff des bon. fid. possessor durch den Begriff des justus possessor ersetzt wird, d. h. durch den Begriff eines solchen, welcher aus irgend einem Rechtsgrunde, z. B. als Eigenthümer, bon. fid. possessor, Conventionalpfandgläubiger³²⁾, in possessionem missus³³⁾, juristischen oder natürlichen Besitz ausübt.

Was die hypothekarische Klage anlangt, so wird namentlich bestimmt, daß abweichende Folgen eintreten, je nachdem der Streitwerth wegen doloser oder wegen culpofer Restitutionsunterlassung gezahlt werden muß. Im ersten Falle kann weder Cession verlangt, noch gar ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis actio erworben werden. Es heißt vielmehr ausdrücklich³⁴⁾: Derjenige Pfandbesitzer, welcher dem ersten Pfandgläubiger zur litisaestimatio verurtheilt sei, quoniam non restituebat rem pignoratam, d. h. weil er trotz besseren Könnens, also arglistig oder ungehorsam die Restitution unterließ, solle dem zweiten Pfandgläubiger so haften, ac si soluta sit pecunia priori creditori, d. h. als ob die Forderung des ersten Gläubigers bezahlt³⁵⁾ oder getilgt, nicht aber erkauft und durch fingirte Cession auf den Zahler des Streitwerths über-

²⁹⁾ l. 47 D. de reiv. (6. 1), cf. l. 14 §. 1 D. de condict. furt. (13. 1). Schol. 4 zu Basil. LX, 10 c. 14 §. 1 (Heimb. V, p. 440). — — ³⁰⁾ C. 51 f. Nr. I. — — ³¹⁾ C. 197 not. 14 und C. 261 not. 16. — — ³²⁾ l. 13 §. 1 D. de Public. act. (6. 2), l. 22 §. 1 D. de noxal. act. (9. 4). ³³⁾ l. 7 §. 8 D. com. div. (10. 3). — — ³⁴⁾ l. 12 §. 1 D. qui potior. (20. 4), cf. l. 28 pr. D. de pignor. act. (13. 7). — — ³⁵⁾ cf. l. 4 D. qui potior. (20. 4) . . perinde ac si priori pecunia soluta esset.

tragen worden wäre. Erstattung des Streitwerths kann nur durch Retention mittelst der exceptio doli unter dem Gesichtspunkte einer auf die Sache gemachten Verwendung erzwungen³⁶⁾, daher nur dem Eigenthümer, nicht dem zweiten Pfandgläubiger zugemuthet werden³⁷⁾.

Im zweiten Falle erhält der Zahler des Streitwerths gleich demjenigen, welcher im Theilungsverfahren über ein zu gleichem Range Mehreren solidarisch bestelltes Pfandrecht den Anderen bei der Versteigerung überboten hat³⁸⁾, durch fingirte Cession utiles actiones, indem die litisaestimatio nicht einer die Pfandforderung tilgenden Zahlung, sondern einem die Pfandforderung übertragenden Preise verglichen wird. Der Zahler des Streitwerths kann daher als QuasiceSSIONAR behuf Wiederempfangs des Gezahlten durch die utilis hypothecaria exceptio den Pfandbesitz nicht bloß dem Eigenthümer, sondern auch jedem Pfandgläubiger gegenüber behaupten, durch die utilis hypothecaria actio beiden den Besitz entziehen³⁹⁾, und durch die bis zum Belaufe des Streitwerths utiliter anzustellende persönliche Schuldklage selbst den persönlichen Pfandschuldner zur Einlösung des Pfandes nöthigen⁴⁰⁾, soll aber deshalb, weil er durch die im Namen des Empfängers anzustellende directa actio unter keinen Umständen mehr erreichen würde, sondern durch fingirte Cession bereits vollkommen sicher gestellt ist, eine cautio de cedendo vom Empfänger des Streitwerths nicht fordern dürfen⁴¹⁾.

Wenn übrigens der Inhalt der erklärten Stellen in Widerspruch zu treten scheint mit einer Entscheidung des Marcellus, welche dem mit der Contractsklage angegriffenen Commodatar und Depositar auch dann, falls er wegen dolosen Besitzverlustes zur litisaestimatio verurtheilt ist, das Recht giebt, Cession der Eigenthumsklagen

³⁶⁾ l. 28 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 2. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 7 §. 12 D. comm. divid. (10. 3), cf. l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 65 pr. D. de reiv. (6. 1). — ³⁷⁾ l. un. fin. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — ³⁸⁾ l. 7 §. 12 D. com. div. (10. 3), l. 29 D. fam. herc. (10. 2). S. S. 267. zu not. 4. — ³⁹⁾ Schol. 2. zu Basil. XLII, 3 c. 29 (Heimb. IV, p. 271) S. §. 26. — ⁴⁰⁾ Basil. XLII, 3 c. 29 (Heimb. IV, p. 271). Dasselbst heißt es vom Abjudicator: *ἔοικε γὰρ τῷ ἐναχθέντι τῇ ὑποθηκαίᾳ καὶ παρασχόντι τὴν τῆς δίκης διατίμησιν. ἔχει γὰρ παραγραφὴν καὶ εἰς δόλοληρον ἀγωγὴν κατὰ τοῦ χρεώστου.* — Nam ei similis est, qui conventus est hypothecaria et litis aestimationem praestitit: habet enim exceptionem (sc. hypothecariam) et in solidum actionem adversus debitorem. — Schol. 1 loc. cit. *ὥσπερ γὰρ εἰ κατὰ τινος νεμομένου τὸ ἐνέχυρον κινήθῃ ὑποθηκαίᾳ ἢ Σερβιανῇ ἀγωγῇ καὶ ὁ ἐναγόμενος προσενέγκῃ τὴν τῆς δίκης διατίμησιν, ἐκβάλλει τοῦ δανειστοῦ τὴν ἀγωγὴν.* — Quemadmodum enim si hypothecaria sive Serviana actione adversus pignoris possessorem actum sit et reus litis aestimationem offerat, creditorem agentem summovet. — ⁴¹⁾ l. 29. D. fam. herc. (10. 2). S. §. 26.

zu fordern⁴²⁾, so ist dagegen schon von Anderen⁴³⁾ bemerkt worden, daß die dolose Besizentäußerung des der Contractsklage nichtsdestoweniger unterworfen bleibenden Commodatars und Depositors minder gefährlich ist, als die Besizentäußerung des lediglich der in rem actio unterliegenden und daher durch die Besizentäußerung eine mutatio iudicii bewirkenden Besitzers, und daß aus diesem Grunde zur Verhütung der letztgedachten Art von Besizentäußerung in dem nach vorjustinianischem Rechte auch Veräußerungen nach der litiscontestatio umfassenden⁴⁴⁾ Gebiete de alienatione iudicii mutandi causa facta besondere Bestimmungen erlassen sind⁴⁵⁾, zu deren Folgen unter anderem die Vorenthaltung des Cessionsanspruchs gehört, wie sich aus den Worten der l. 69 und l. 70 D. de reiv. (6. 1): hoc quoque nomine punitur⁴⁶⁾ und per rapinam comparare deutlich genug ergibt. Mag also immerhin der wegen dolus verurtheilte Commodatar und Depositar gegen Zahlung des Streitwerths die Cession der dem Kläger als Eigenthümer zustehenden Klagen fordern dürfen: der in rem actio gegenüber bleibt dessenungeachtet jeder wegen dolus zur litisaestimatio verurtheilte Besizer vom Anspruche auf wirkliche Cession und noch mehr von einer vermöge fingirter Cession anzustellenden utilis in rem actio ausgeschlossen.

II. Die persönlichen Klagen anlangend, so heißt es zuvörderst in Uebereinstimmung mit anderen Stellen⁴⁷⁾ bei Marcellus lib. 4 Digestor.⁴⁸⁾

In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Wie der Depositar, Commodatar u. s. w., welcher wegen Besizverlustes die litisaestimatio zahlen muß, mit der Wiedererlangung des Besizes durch br. man. traditio des Deponenten, Commodanten u. s. w. das Eigenthum der Sache erwirbt⁴⁹⁾, so soll er auch, einerlei ob ihm bloß culpa oder selbst dolus zur Last fällt, die Cession der

⁴²⁾ l. 12 D. de rejudic. (42. 1). — — ⁴³⁾ Mühlenbr. Cess. §. 37 S. 411 f. Regel röm. vindicationsproc. S. 224 ff. Weiske's Rechtslexicon Bd. 13 S. 58 ff. — Noch andere Gründe hat Pagenstecher Lehre vom Eigenth. Abth. 3 S. 65 ff. — — ⁴⁴⁾ l. 8 §. 1 D. de alien. jud. mut. c. (4. 7) . . quaeve alienatio. — l. 16 D. de aqua et aqu. pluv. (39. 6). — — ⁴⁵⁾ l. 1 pr. D. de alien. jud. m. c. (4. 7), l. 52 D. de reiv. (6. 1). — — ⁴⁶⁾ cf. Schol. 16 fin. zu Basil. XLII, 1 c. 13 §. 14 (Heimb. IV, p. 199) ὁ γὰρ δόλῳ πανσάμενος νέμεσθαι ὃς ποίειν κατὰδικάζεται nam qui dolo possidere desiit, ob poenam condemnatur. — — ⁴⁷⁾ l. 25, §. 8 D. locati (19. 2), l. 14 §. 9 D. de servo corrupto (11. 3). — — ⁴⁸⁾ l. 12 D. de re jud. (42. 1). — — ⁴⁹⁾ l. 5 §. 1 D. commod. (13. 6), cf. Schol. 2 zu Basil. XIII, 1 c. 5 §. 1 (Heimb. II, p. 6).

Eigenthumsklagen fordern dürfen. Ob der Depositar, Commodatar u. s. w. auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis in rem actio gegen Zahlung der litisaestimatio erhalte, verschweigt Marcellus. Dessenungeachtet ist dasselbe anzunehmen, weil theils die Basilikenscholie dem Commodatar, Miether u. s. w. ohne alle Cession eine Publiciana actio in Fällen der Art zuschreibt⁵⁰), theils die Pandecten dem Commodanten, Vermiether u. s. w. nur für den Fall, wenn er nach Empfang der litisaestimatio die Sache wiederfinden sollte, die Cautio auflegen, die Sache dem Streitwürderungszahler herausgeben zu wollen⁵¹). Da nämlich der Miether, Commodatar u. s. w. durch die Zahlung der Proceßschätzung in diesem Falle auch ohne Cautio das Recht erlangt hat, entweder mit der condictio sine causa auf Rückgabe des Gezahlten⁵²), oder mit der commodati actio contraria bezüglich conducti actio auf Herausgabe der Sache oder Rückgabe des Gezahlten, nach des Beklagten Wahl⁵³), zu klagen, so kann die Cautio nur bezwecken, den Erwerb der durch litisaestimatio erkauften Sache sicher zu stellen, und da diese Art der Sicherstellung einzig und allein für den obenwähnten Fall der Besitzrückkehr an den Commodanten und Vermiether für nöthig erachtet ist, so muß der Commodatar und Miether für die übrigen Fälle schon anderweit, und zwar durch fingirte Cession der Eigenthumsklagen eine gleich wirksame Sicherheit bekommen haben.

Die Gründe, welche bei angestellter in rem actio, so oft wegen dolosen Besitzverlustes der Streitwerth gezahlt wird, die fingirte Cession gleich der Forderung wirklicher Cession ausschließen, treffen bei angestellter in personam actio nicht zu, wie ja auch Marcellus hinsichtlich der Forderung wirklicher Cession ausdrücklich bestätigt. —

IV. Adjudicatio.

§. 26. Gleich der litisaestimatio wird auch diejenige adjudicatio des Theilungsrichters, welche Rechte gegen einen Preis zutheilt, nach den

⁵⁰) Schol. 1 zu Basil. XIII, 1 c. 13 pr. (Heimb. II p. 16) . . εἰδώς, ὅτι καὶ Πουβλικιανὴν ἐπὶ τῶν τοιουτοτρόπων θεμάτων ἔχει ὁ καταδικασθεὶς, καὶ τὴν τῆς δίκης προσέγων διατίθουσιν — Publicianam quoque ejusmodi casibus competere ei, qui litisaestimationem obtulit. —
⁵¹) l. 13 pr. D. commod. (13. 6), cf. Schol. 1 cit. — Schol. 4 zu Basil. LX, 10 c. 14 §. 1 (Heimb. V p. 440). — ⁵²) l. 2 D. de condict. sine causa (12. 7). Schol. Steph. 11 zu Basil. XIII, 1 c. 17 §. 5 (Heimb. II, p. 18). —
⁵³) l. 17 §. 5, l. 21 pr. D. commod. (13. 6), Schol. Steph. 11 cit. und Schol. Steph. 2 zu Basil. XIII, 1 c. 5 §. 1 (Heimb. II, p. 6). — A. M. ist v. Savigny Obligat. R. B. I §. 395.

Regeln des Kaufs beurtheilt¹⁾. Kein Wunder also, daß mit einer derartigen adjudicatio von Klagerrechten auch die Fiction der Cession verbunden ist. Diese Wirkung einer derartigen adjudicatio folgt zunächst schon daraus, daß der Miterbe, welchem der arbiter im Erbtheilungsproceß nomina gemeinschaftlicher Schuldner adsignirt hat, berechtigt sein soll, nicht bloß von den Miterben Cession zu verlangen^{2a)}, sondern auch nach Scävola die für die nomina bestellten Pfänder pro solido zu verkaufen²⁾, ohne daß in den das letztere Recht ausdrücklich bezeugenden Stellen einer ihnen von den Miterben erteilten Cession Erwähnung geschieht, obgleich doch gewiß ist, daß die Abjudication den Abjudicator nicht direct an der Stelle des anderen Miterben zum Gläubiger macht, sondern einer wirklichen oder fingirten Cession zur Uebertragung der den anderen direct zustehenden Forderungsantheile auf den Abjudicator nothwendig bedarf³⁾.

Eine interessante Bemerkung liefert aber auch folgendes oft besprochene und fast eben so oft mißverständene Bruchstück:

Paulus lib. 4 ad Edictum⁴⁾.

Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae herciscundae iudicium venire. sed is, cui adjudicabitur, in familiae herciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit; quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit.

Contra quoque, si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est.

Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adjudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est. sed hujus rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: et ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

Pfandrechte bilden den Gegenstand einer Gemeinschaft⁵⁾ und in-

1) l. 1 C. comm. utr. jud. (3. 38), Cels. 1 zu Basil. XII, 3 c. 1. (Heimb. I p. 819). — — ^{1a)} l. 2 §. 5, l. 3 D. fam. herc. (10. 2). — —

2) l. 11, l. 14 D. de distr. pign. (20. 5), cf. — Cujac. opp. VI, p. 713 sq. — — ³⁾ l. 3 D. fam. herc. (10. 2) in Verbindung mit l. 2 §. 5 D. eod. — Cels. 1 zu Basil. XLII, 3 c. 2 §. 5 (Heimb. IV, p. 252 sq.) — l. 22 C. mand. (4. 35), f. C. 34. 44 Nr. 1. — — ⁴⁾ l. 29 D. fam. herc. (10. 2), cf. Basil. XLII, 3 c. 29 u. Cels. 1—3 (Heimb. IV, p. 269 sq.) Cujac. ad h. l. (opp. VIII, p. 546.) — Bacher Pfandr. I, §. 196 ff. — — ⁵⁾ cf. l. 34 §. 1 D. de solut. (46. 3) . . obligatio communis. — l. 31 §. 1 D. de novat. (46. 2) . . commune jus stipulantis.

sofern auch den Gegenstand des Theilungsverfahrens und der Abjudication, oder, wie Ulpian und Scävola sich ausdrücken⁶⁾, der Abjigation, so oft dieselbe Sache mit gleichem Rechte für mehrere Forderungen solidarisch haftet⁷⁾.

Dieses ist der Fall:

1. wenn eine Sache an Mehrere gleichzeitig, aber gesondert, verpfändet ist⁸⁾;

2. wenn eine Verpfändung an Mehrere gleichzeitig und gemeinschaftlich geschehen ist, aber mit dem ausdrücklichen Zusatze, daß das Pfand Jedem in solidum haften solle⁹⁾.

Entbehrt die gleichzeitig und gemeinschaftlich an Mehrere oder die gleichzeitig an Einen Gläubiger für mehrere Forderungen geschehene Verpfändung dieses Zusatzes, so haftet das Pfand für jede Forderung nur zu einem gewissen Antheile, der entweder gleich bei der Verpfändung bestimmt ist¹⁰⁾, oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nach der Größe der betreffenden Hauptforderung bemessen wird¹¹⁾, immer aber einer Collision der Pfandrechte vorbeugt und zu einer Theilung keinen Raum läßt, weil in den wenigstens durch Rechnung gesonderten Quoten eigentlich verschiedene Gegenstände verpfändet sind, so daß jeder Gläubiger seinen Antheil erfolgreich durch die Pfandklage nicht weniger gegen den anderen Pfandgläubiger, als gegen den dritten Besitzer verfolgen und durch Verkauf zu seiner Befriedigung verwenden kann¹²⁾.

3. wenn durch *missiones in possessionem* an derselben Sache mehrere Pfandrechte entstehen, weil in diesem Falle das Alter keinen Vorzug bietet¹³⁾ und gleichwohl jedes Pfandrecht solidarisch die ganze Sache ergreift¹⁴⁾.

⁶⁾ l. 7 § 12 D. com. div. (10. 3), l. 11, l. 14 D. de distr. pign. (20. 5). — — ⁷⁾ l. 7 §. 6. 8. 12 D. com. div. (10. 3), l. 29 D. fam. herc. (10. 2).

— — ⁸⁾ l. 16 §. 8 D. de pign. et hyp. (20. 1) . , Quod erit dicendum

(sc. utrique in solidum rem obligatam esse), si eodem die pignus utrique datum est separatim. — v. Bülow Abhandl. Th. 1, S. 145 ff.

⁹⁾ l. 16 §. 8 D. cit. . . sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum agat. — l. 10 D. de pign. et hyp. (20. 1).

— — ¹⁰⁾ l. 10 D. cit. cf. l. 1 §. 1, l. 2 D. de Salv. interd. (43. 33). — —

¹¹⁾ l. 16 §. 8 D. de pign. et hyp. (20. 1) in Verbindung mit l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3) und l. 5 §. 2 D. eod. — Nicht entgegen ist l. 20 §. 1 D. de pign. act. (13. 7), da hier die Gleichheit nur auf den Vorgang, nicht auf den Antheil eines Jeden am Werthe der verpfändeten Sache bezogen ist.

— — ¹²⁾ l. 10, l. 16 §. 8 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 128 D. de reg. jur. (50. 17). — — ¹³⁾ l. 5 §. 3. 4 D. ut in poss. legat. (36. 4). — Im Verhältniß zu Pfandrechten anderer Art entscheidet wieder das Alter. — l. 2 C. qui potior. (8. 18). — — ¹⁴⁾ l. 7 §. 8 D. com. div. (10. 3).

4. wenn eine durch ein Pfandrecht gesicherte Forderung activ oder passiv auf mehrere Erben übergeht¹⁵⁾, oder activ durch wirkliche oder fingirte Cession zwischen mehreren Cessionaren oder zwischen dem Cedenten einerseits und einem oder mehreren Cessionaren andererseits getheilt wird¹⁶⁾.

In allen diesen Fällen collidiren die Pfandrechte, indem jeder Gläubiger zwar dem dritten Besitzer die ganze Pfandsache entziehen und das ganze Pfandrecht durch Verkauf der Pfandsache verwirklichen kann¹⁷⁾, allein außer Stande ist, die hypothekarische Klage gegen den anderen Pfandgläubiger durchzusetzen und den vom anderen Pfandgläubiger ergriffenen Besitz sich selbst oder dem Pfandkäufer zu verschaffen¹⁸⁾. Damit nicht die Zufälligkeit des Besitzes alle Vortheile des Pfandrechts dem einen Pfandgläubiger auf Unkosten des Anderen gewähre¹⁹⁾, bedarf es einer Auseinandersetzung der gleichberechtigten Pfandgläubiger, welche allein durch die Theilungsklagen möglich ist, d. h. durch das vom Eigenthum auf andere jura in re und unter diesen auch auf das Pfandrecht utiliter ausgedehnte *judicium communi dividundo*²⁰⁾, oder sofern erbchaftliche Pfandrechte in Frage stehen, durch das die Theilung der ganzen Erbschaft bezweckende und daher auch die in der Erbschaft befindlichen Pfandrechte umfassende *judicium familiae heriscundae*²¹⁾.

Zum Zweck der Auseinandersetzung wird nämlich nicht etwa das Eigenthum, welches überall nicht in *judicium deducit* ist, sondern das Pfandrecht als *jus in re* nebst der davon abhängigen *causa*²²⁾, d. h. nebst der damit verbundenen Hauptforderung²³⁾, entweder nach einer unter den Betheiligten veranstalteten Versteigerung²⁴⁾ oder nach einer vom Theilungsrichter frei bestimmten Schätzung, wobei nicht

¹⁵⁾ l. 1, l. 2 C. si unus. ex plur. her. (8. 32), l. 8 §. 2, l. 11 §. 4 D. de pig. act. (13. 7), l. 65 D. de evict. (21. 2), l. 1 C. de lit. pign. (8. 31).

¹⁶⁾ l. 13 D. qui potior. (20. 4), cf. l. 70 pr. D. de legat. II (31). —

¹⁷⁾ l. 10, l. 16 §. 8 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1 §. 1 D. de Salv. interd. (43. 33), l. 13 D. qui potior. (20. 4). — ¹⁸⁾ l. 10 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 1 §. 1 D. de Salv. interd. (44. 33). — ¹⁹⁾ l. 10 D. de pign. et hyp. (20. 1) . . inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem. — ²⁰⁾ l. 7 §. 6. 8 D. com. div. (10. 3). — ²¹⁾ l. 29 D. fam. herc. (10. 2). — ²²⁾ l. 44 pr. D. fam. herc. (10. 2) . . ut res duntaxat, quae eorum communes sint, et causae ex his rebus pendentes in judicium veniant. — Einen ähnlichen Einfluß hat das Schicksal der actio hypothecaria auf das Schicksal der Hauptforderungsklage bei Unterbrechung der Verjährung. cf. l. 3 C. de annali exc. (7. 40). — ²³⁾ Wahrscheinlich mit Beziehung auf diesen Fall übersetzt die Schol. zu Basil. XLII, 3 c. 43 pr. (Heimb. IV, p. 274) die in Not. 1 hervorgehobenen Worte der l. 44 pr. D. fam. herc. dahin: τὰ ἐκ τῶν ἐπιχοιρῶν πραγμάτων ἡρηγμένα κεφάλαια. cf. §. 147 not. 46. — ²⁴⁾ l. 29 D. fam. herc. (10. 2) . . quod animose licitus sit.

der wahre Sach- oder Eigenthumswerth des Pfandstücks, sondern der Werth der durch das Pfandrecht gesicherten Schuldforderung zum Grunde gelegt wird²⁵⁾, Einem der Pfandgläubiger zugeschlagen. Bei der Unmöglichkeit, das in der Pfandklage aufgehende Pfandrecht anders, als durch Cession zu übertragen²⁶⁾, kann aber auch der Zuschlag des Theilungsrichters den bezweckten Uebergang des Pfandrechts nur durch wirkliche oder fingirte Cession der Pfand- und Hauptklage bewirken, die dem Schuldner das Recht beläßt, dem Adjudicator sowohl in seiner Eigenschaft als Cessionar beziehungsweise QuasiceSSIONAR, wie in seiner Eigenschaft als selbstberechtigtem Gläubiger Schuldzahlung anzubieten und dadurch sein Pfand völlig einzulösen²⁷⁾. Eine auf dem Grunde fingirter Cession utiliter im eignen Namen anzustellende Pfand- und Schuldklage muß also das Rechtsmittel sein, welches der Prätor dem Adjudicator in Ermangelung wirklicher Cession zu Gebote stellt, um pflichtgemäß dem Zuschlage des Theilungsrichters die erforderliche Wirksamkeit zu geben²⁸⁾.

Dieses der Natur der Sache allein entsprechende Ergebniß findet seine volle Bestätigung in dem jetzt näher zu erklärenden Bruchstücke des Paulus, insbesondere in der von Paulus, wie von Ulpian²⁹⁾ beliebten Vergleichung der Wirkungen der adjudicatio mit denen der litisaestimatio, da wir eben gesehen haben³⁰⁾, wie die litisaestimatio zwar demjenigen, welcher sie in Folge von dolus oder contumacia geleistet hat, bloß eine exceptio doli, demjenigen hingegen, welchem höchstens culpa vorgeworfen werden kann, Anspruch auf Cession oder selbst ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones gegen den Schuldner und dritte Pfandbesitzer gewährt.

Nach Paulus sollen zwei Miterben, welche einen Pfandgläubiger beerbt und dadurch die persönliche Forderung nach Maßgabe ihres Erbtheils antheilweise, das Pfandrecht aber ein Jeder in solidum erhalten haben, im Erbtheilungsverfahren, wie überhaupt, so auch wegen des Pfandrechts auseinandergesetzt werden. Der Theilungsrichter versteigert zu dem Ende das Pfandrecht unter ihnen, wie sich daraus ergibt, daß von den Nachtheilen einer animosa licitatio

²⁵⁾ l. 7 §. 12 D. com. div. (10. 3)... non vero pretio aestimatur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea debetur. — Basil. XII, 2 c. 7 §. 12 u. Schol. 16 (Heimb. I p. 802) — im Gegensatz von l. 10 §. 2 D. com. div. (10. 3), l. 3 C. eod. (3. 37). — — ²⁶⁾ C. C. 17 not. 13. C. 94 not. 23. — — ²⁷⁾ l. 7 §. 12 D. com. div. (10. 3)... licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre et pignus suum luere. — — ²⁸⁾ l. 44 §. 1 D. fam. herc. (10. 2). — — ²⁹⁾ l. 7 §. 12 fin. D. com. div. (10. 3). — — ³⁰⁾ C. §. 25.

die Rede ist. Dem Meistbietenden wird das Pfand zugeschlagen unter der Auflage, dem Miterben einen verhältnißmäßigen, d. h. einen nach der Größe der beiderseitigen Forderungen bemessenen, Antheil am Pfandrechtswerthe herauszugeben (*pro parte — sc. pignoris im Gegensatz des späteren totum pignus — coheredi erit dam-nandus*³¹⁾ oder nach den Basiliken: *διδόντι τὴν ἀναλογίαν τῷ συγκληρονόμῳ*.

Die nun folgenden Worte: *nec cavere debet coheredi*, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dedit, beziehen sich ihrer Construction nach auf denjenigen Erben, welchem das Pfand adjudicirt ist, müßten also verstanden werden von einem dem anderen Erben zu leistenden Sicherheit, daß ihm der Verpfänder nicht mit der *pignoratitia actio* oder *reivindicatio* das Pfand abfordern werde, würden dann aber wegen der unbestreitbaren Unwirksamkeit beider Klagen gegen den ohne Schuld der *facultas restituendi* beraubten Miterben³²⁾ einen kaum möglichen Zweifel berühren und überdies in Widerspruch treten zu der nachfolgenden Argumentation, die den Miterben, welchem die Cautio zu leisten sein würde, dem Pfandbesitzer vergleicht, welcher in Folge eines durch die hypothecarische Klage erlittenen Angriffs die *litis aestimatio* gezahlt hat; denn diesem Quasikäufer des Pfandrechts³³⁾ ist nur derjenige Miterbe ähnlich, dem das Pfand gegen das Meistgebot zugeschlagen ist, nicht derjenige, welcher den Abjudicationspreis empfängt. Wir müssen deshalb entweder einen Constructionswechsel annehmen oder mit Galo-ander und den Basiliken³⁴⁾ lesen: *nec caveri debet*, jedenfalls aber unter der Cautio einen vom anderen Miterben dem Abjudicator zu leistenden Vorstand verstehen. Der Vorstand soll dem Abjudicator Sicherheit geben, daß er nicht eher werde genöthigt werden, den Besitz des Pfandes dem Verpfänder oder dem dritten nachstehenden Pfandgläubiger, sei es auf die von denselben erhobene *pignoratitia actio* oder *reivindicatio* beziehungsweise *hypothecaria actio* herauszugeben, sei es auf die wider beide begonnene *hypothecaria actio* zu belassen, bis er nicht bloß wegen des ihm unmittelbar vom Erblasser hinterlassenen, sondern auch wegen des ihm vom anderen Miterben überkommenen Antheils an der Pfandforderung volle Befriedigung erlangt habe.

³¹⁾ cf. l. 36 §. 1 D. mand. (17. 1). — — ³²⁾ cf. l. 3 §. 3, l. 17 §. 2 D. commod. (13. 6) und l. 10 D. depos. (16. 3). — Ribbentrop's Correal-obligat. S. 132 ff. 137 ff. 143. Ubbelohde untheilb. Obligat. S. 236 f. — — ³³⁾ l. 7 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), l. 2 D. pro emt. (41. 4), l. 22 pr. D. de act. rer. amot. (25. 2). — — ³⁴⁾ . . . οὐκ ἀσφαλίζεται — non cavetur. cf. Schol. l. a. a. D.

Diese Sicherheit ist offenbar identisch mit derjenigen Cautio, welche der Cessionar häufig dahin fordern kann: *ut pateretur, eum actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi*³⁵⁾; denn nur diese Cautio, nicht aber eine bloße *cautio defensum iri*, an die man auch wohl denken könnte³⁶⁾, würde dem nicht bloß zur Vertheidigung, sondern unter Umständen auch zum Angriff genöthigten Abjudicator nach beiderlei Richtung die beabsichtigte Hilfe verschaffen, und gerade diese Cautio gehört zu denjenigen, welche einerseits der Erbtheilungsrichter unter ähnlichen Voraussetzungen z. B. zur Ausführung eines die *bona materna* und die *bona paterna* verschiedenen Erben zuweisenden Testaments den Erben „*propter actiones*“ auflegen muß³⁷⁾, andererseits Paulus in einer früher schon besprochenen Stelle³⁸⁾ demjenigen Vindicanten aufzulegen verbietet, welcher vom dolosen Beklagten die *litisaestimatio* empfängt. In unserem Falle soll dieselbe Cautio — vermöge deren der Abjudicator vom anderen Miterben demnächst wirkliche Cession der erkauften Pfandklage und der damit verbundenen Schuldklage würde fordern dürfen, um diese Klagerechte nöthigenfalls direct im Namen des anderen Miterben zum Angriff oder zur Vertheidigung gegen Schuldner, Verpfänder und andere Pfandgläubiger zu benutzen — dem anderen Miterben zu Gunsten des Abjudicators eben so wenig auferlegt werden, als dem Kläger zu Gunsten des die *litisaestimatio* zahlenden Beklagten, weil die betreffenden beiden Personen, auch ohne gerade versichert zu sein, nöthigenfalls die Klagerechte jener direct in deren Namen gebrauchen zu können, dennoch gegen Schuldner, Verpfänder und andere Pfandgläubiger hinlänglich gedeckt sind, und unnöthige Cautionen unter allen Umständen vermieden werden sollen³⁹⁾. Die Deckung besteht darin, daß mit der Abjudication des Theilungsrichters und mit der ohne *dolus* und *contumacia* erfolgten Verurtheilung in die *litisaestimatio* eine fingirte Cession verbunden ist, welche die betreffenden Klagen als *utiles actiones* überträgt und den Abjudicator, wie den Zahler der *litisaestimatio* ohne Weiteres berechtigt, im eignen Namen nicht bloß den Klagen des Schuldners, Verpfänders und dritten Pfandgläubigers eine *exceptio*

³⁵⁾ Gaj. II, 253. 257. — C. C. 195 not. 6. — C. 201 not. 50. — C. 260 not. 9. — — ³⁶⁾ cf. l. 20 §. 2 D. fam. herc. (10. 2). — —

³⁷⁾ l. 78 pr. D. de hered. instit. (28. 5) . . . *arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adjudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi*. — in Verbindung mit Gaj. II, 252. — Theophil. II, 23 §. 3. — l. 57 D. sol. matrim. (24. 3). C. C. 201. — A. M. ist Cujac. opp. IV, pag. 1046 sq. — — ³⁸⁾ l. 69 D. de reiv. (6. 1), C. C. 260 not. 4. — — ³⁹⁾ l. 14 §. 1 D. ut legator. (36. 3).

entgegenzusetzen, sondern auch, falls sie das ganze Pfand zurückgeben wollen, den Schuldner auf Zahlung der ganzen Pfandschuld zu belangen, und zwar ohne Furcht vor der *exceptio legis Anastasiana* selbst dann zu belangen, wenn die gezahlte Abjudicationssumme den Betrag der Schuld nicht erreicht haben sollte⁴⁰⁾.

Die Worte: *ut et is, qui obtulerit* (sc. *litis aestimationem*) *adversus dominum vindicantem exceptione tuendus* sit beziehen sich demnach auf die dem Abjudicator, wie auch dem arglosen Zahler der *litis aestimatio* als QuasiceSSIONAREN gleich dem QuasiceDENTEN gegen die *reivindicatio* des Verpfänders vermittelt der *utilis hypothecaria actio*⁴¹⁾ zu Gebote gestellten *utilis hypothecaria exceptio*⁴²⁾ und die unmittelbar folgenden Worte: *Contra quoque, si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est*, im Gegensatz der *exceptio hypothecaria* (*Contra quoque*)⁴³⁾ auf die gleichfalls durch fingirte Cession als *causa pignoris* übertragene persönliche Schuldforderungsklage, durch welche der Abjudicator, welcher das ganze Pfand (*totum* sc. *pignus*) zurückgeben will, den Schuldner auch wider dessen Willen zur Zahlung der ganzen Pfandschuld und somit zur Ablösung des ganzen auf der Sache haftenden Pfandrechts nöthigen kann. Die Basilikenscholien erklären demgemäß den im Basilikentexte hinsichtlich des Abjudicators sich findenden Ausspruch: *ἔχει γὰρ παραγραφὴν καὶ εἰς ὁλόκληρον ἀγῶνὴν κατὰ τοῦ χρεώστου*⁴⁴⁾ folgendermaßen:

Die Einrede (*παραγραφὴ*) folge aus der in l. 1 (§. 3) D. de *superfic.* (43. 18) und l. 156 (§. 1) D. de *reg. jur.* (50. 17) enthaltenen Regel, daß derjenige, welcher eine Klage habe, um so mehr eine Einrede haben müsse⁴⁵⁾, und stehe dem Schuldner, welcher

⁴⁰⁾ S. S. 44 Nr. 1. — — ⁴¹⁾ Bei der Theilung eines präteritischen Pfandrechts, mit dem ver Justinian nur das *interdictum, ne vis fiat ei cett.* verbunden war [l. 2 c. de *praetor. pign.* 8. 22], würde statt der hypothecarischen Klage der Uebergang des *Interdicti* (*utile interdictum* beziehungsweise *utilis exceptio*) als Wirkung der fingirten Cession zu denken sein. — —

⁴²⁾ l. 6 §. 9 D. com. div. (10. 3) . . . *pignoratitia exceptione eum summo veri debere*. — l. 12 pr. §. 7 D. qui *potior.* (20. 4). — l. 11 §. 2 D. de *pign. et hyp.* (20. 1). — S. S. 94 zu not. 20. — — ⁴³⁾ Daß nicht der Zahler der *litis aestimatio* hat auf eine Einrede beschränkt, und daß nicht im Gegenseite dessen nur der Abjudicator auch mit einer Einrede hat versehen werden sollen, folgt aus der Schol. 1 des Cyrillus (i. S. 274 not. 49), worin die Ähnlichkeit mit dem Zahler der *litis aestimatio* für den Abjudicator als Grund der Einrede und der Klage angegeben werden ist. — — ⁴⁴⁾ Heimh. a. a. D. — *habet enim exceptionem et in solidum actionem adversus debitorem*. — — ⁴⁵⁾ Schol. 2 a. a. D.

Schmid, Cessionstheorie.

den Adjudicator auf Rückgabe des Pfandes belange, ohne mehr, als den dem Adjudicator unmittelbar durch Erbschaft zugeworbenen Schuldantheil bezahlen zu wollen, vorzüglich dann entgegen, wenn der andere Miterbe die auf diese Bedingung hin geforderte Rückgabe nicht wolle, d. h. die zur Verhinderung dienende actio hypothecaria, welche seinen Erbtheil an der Schuldforderung decke, dem Adjudicator freiwillig cedirt habe⁴⁶⁾; zum sicheren Zeichen, daß nicht etwa an eine exceptio doli, sondern an die bei veränderter processualischer Conjunctur als actio auftretende exceptio hypothecaria⁴⁷⁾, und zwar, was die Deckung der über den eignen Erbtheil des Adjudicators hinausgehenden Schuldforderung betrifft, an eine utilis exceptio hypothecaria, welche der auf fingirter Cession des anderen Miterben beruhenden utilis actio hypothecaria entspricht, gedacht worden sei. Wie sollte sich sonst der Adjudicator hinsichtlich der dem anderen Miterben gezahlten Summe gegen das auf den eignen Forderungsantheil des Adjudicators beschränkte Zahlungsangebot eines dritten nachstehenden Pfandgläubigers schützen, dessen hypothekarische Klage der exceptio doli desjenigen Besitzers, welcher einem vorgehenden Pfandgläubiger wegen dolus oder contumacia die litisaestimatio zahlte, nach Marcians ausdrücklicher Bestimmung nicht unterworfen ist⁴⁸⁾?

Die Klage (ἀγωγή) dagegen, welche gegen den Schuldner auf das Ganze gehe, und in derselben Weise wie die Einrede dem Adjudicator nach Art des Zahlers der litisaestimatio gegeben werde⁴⁹⁾, zwingt den Schuldner: ἀναλαβεῖν τὸ ἴδιον ἐνέχυρον καὶ δοῦναι τὸ χρέος, d. h. das eigne Pfand zurückzunehmen und die Schuld zu bezahlen⁵⁰⁾; oder ὅλον ἀναρρῶσθαι τὸ ἐνέχυρον, d. h. das ganze Pfandrecht einzulösen⁵¹⁾; oder endlich: λαβεῖν τὸ πᾶν καὶ δοῦναι τὸ πᾶν χρέος, d. h. das ganze Pfand zurückzunehmen und die ganze Schuld zu zahlen⁵²⁾; zum sicheren Zeichen, daß unter der gegen den Schuldner auf Zahlung der persönlichen Schuld und zwar der gesammten persönlichen Schuld gerichteten Klage nicht etwa die pignoratitia contraria actio, welche weder dem Zahler der litisaestimatio zustehen, noch die Zahlung der gan-

⁴⁶⁾ Schol. 1 a. a. D. — — ⁴⁷⁾ l. 6 §. 9 D. com. div. (10. 3). — — ⁴⁸⁾ l. 12 §. 1 D. qui potior. (20. 4). S. S. 263 not. 34 ff. — cf. l. un. C. etiam ob chir. (8. 27). — — ⁴⁹⁾ Schol. 1 Cyrill. a. a. D. — εἰσιε γὰρ τῷ ἐναχθέντι τῇ Σεβιανῇ καὶ καταβαλόντι τὴν διατίμησιν · διὸ καὶ αὐτὸς ἔχει παραγραφὴν καὶ ἀγωγήν. — nam similis est ei, qui actione serviana conventus aestimationem solvit. Ideo et si conveniatur a debitore, exceptionem habet, et actionem. — — ⁵⁰⁾ Schol. 1 a. a. D. — — ⁵¹⁾ Schol. des Cyrill. a. a. D. — — ⁵²⁾ Schol. 3 a. a. D.

zen Schuld bewirken kann, sondern die durch die Pfandklage gesicherte persönliche Schuldforderungsklage, und zwar wegen des gleichen Erwerbgrunds mit der Einrede, dem von Paulus hinsichtlich des Adjudicatoris gebrauchten Ausdruck: *audiendus est* entsprechend, in Betreff des nach Erbrecht dem anderen Miterben zugefallenen Schuldforderungsantheils die auf fingirter Cession desselben beruhende *utilis actio* verstanden worden sei: denn *audiri* ist die technische Bezeichnung für die Gewährung einer außerordentlichen Rechtshülfe, wie dieselbe in der *utilis actio* enthalten ist⁵³).

Der nun folgende Theil unseres Bruchstücks bestätigt dieses Resultat theils durch die unmittelbar sich anschließenden Worte: *Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit*, theils durch den Schlusssatz: *ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori*.

Die unmittelbar sich anschließenden Worte stellen dem mit einer Klage auf Ablösung des ganzen an der Sache haftenden Pfandrechts versehenen Adjudicator denjenigen Miterben gegenüber, welcher freiwillig das vom anderen Miterben für dessen Antheil an der Erbschaftsforderung zum Verkauf gebrachte Pfand kaufte, weil der Ankauf dem Miterben durch fingirte Cession zwar die *actio hypothecaria*⁵⁴), aber nicht zugleich dessen persönliche Hauptforderungsklage verschafft, der Käufer vielmehr statt dessen das Eigenthum an der vom Miterben zum Verkauf gebrachten Pfandsache erwirbt und nur hinsichtlich des eignen Antheils an der Erbschaftsforderung ein persönliches Klagerecht auf Zahlung oder Pfandauslösung gegen den Schuldner hat⁵⁵), obgleich er umgekehrt durch eine Klage des Verpfänders (*actio pignoratitia directa*) gezwungen werden kann, gegen Empfang des eignen Antheils an der Erbschaftsforderung und des dem Miterben gezahlten Kaufpreises die Pfandsache dem Verpfänder zurückzugeben⁵⁶).

Der Schlusssatz hebt den oben in der einen Richtung aufgestellten Unterschied zwischen dem freiwilligen Pfandkäufer und dem Adjudicator noch in einer anderen Richtung hervor durch die Bemerkung,

⁵³) C. §. 37. — — ⁵⁴) C. §. 222 ff. und namentlich C. 241 ff. —

— ⁵⁵) Schol. 3 a. a. D. — *Ἐὰν γὰρ ὁ εἰς τῶν δανειστῶν ἀγοράσῃ τὸ τοῦ συνδανειστοῦ μέρος, καὶ μὴ κατ' ἀδιουδικατίονα λάβῃ, οὐκ ἔχει κατὰ τοῦ δεβήτορος ἀγωγήν εἰς τὸ λαβεῖν τὸ πᾶν καὶ δοῦναι τὸ πᾶν χρῆος.* — Nam si unus ex creditoribus partem alterius creditoris sua sponte emerit, nec vero adjudicatam acceperit, non habet actionem adversus debitorem, ut totum pignus recipiat, et totum debitum solvat. — C. §. 242 not. 118. — — ⁵⁶) l. 5 §. 1, l. 6 D. de distr. pign. (20. 5) C. §. 241 ff., l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1) C. §. 92.

daß dem Adjudicator auf Ersatz des dem Miterben gezahlten Preises außer der kraft fingirter Cession gegen den Schuldner als solchen angehenden utilis actio noch eine zweite den Verpfänder als solchen ergreifende Klage zustehe, welche dem freiwilligen Pfandkäufer fehlt, nämlich die aus dem eignen Pfandrealecontracte abgeleitete contraria pignoratitia actio, weil derjenige Pfandgläubiger, welcher freiwillig zu seinem Pfandrechte das Eigenthum hinzuerwirbt, seinerseits vom Pfandrealecontracte zurücktritt und die contraria pignoratitia actio aufgibt⁵⁷⁾, mithin nicht der freiwillig gezahlte Kaufpreis, sondern nur der nothgedrungen entrichtete Adjudicationspreis als eine vermöge des eignen Pfandrechts auf die Pfandsache gemachte nothwendige Verwendung betrachtet werden kann. Das Wort: etiam weist nämlich darauf hin, daß neben der letzterwähnten Klage auch die ersterwähnte utilis actio dem Adjudicator zuerkannt wird; das Wort ultro bedeutet die contraria actio⁵⁸⁾ vielleicht mit der Nebenbedeutung, daß diese Klage auch selbständig, ohne die directa actio abzuwarten, angestellt werden dürfe⁵⁹⁾, und die contraria pignoratitia actio ist gerade das dem Pfandgläubiger auf Ersatz von Verwendungen gegen den Verpfänder gegebene Rechtsmittel⁶⁰⁾, welches dem Adjudicator auch neben der vom anderen Miterben abgeleiteten utilis actio nützlich werden kann, z. B. wenn der Schuldner und der Verpfänder verschiedene Personen sind und der unverweilte Pfandverkauf trotz der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unthunlich oder unvortheilhaft ist, da wenigstens der dem Miterben gezahlte Preis (ejus, quod propter necessitatem impendit⁶¹⁾) sofort gegen den Verpfänder eingeklagt werden kann.

Auf der anderen Seite geht die contraria pignoratitia actio niemals auf mehr, wohl aber häufig auf weniger, als die utilis actio. Nicht auf mehr, weil der den Betrag der Pfandschuld übersteigende Adjudicationspreis insoweit den Charakter einer nothwendigen Verwendung verlieren würde; dagegen häufig auf weniger, weil

⁵⁷⁾ l. 24 pr. D. de pignorat. act. (13. 7) S. S. 91 not. 134. —

⁵⁸⁾ l. 19 D. mand. (17. 1), l. 2, l. 10 pr. D. de neg. gest. (3. 5), l. 1 §. 3 D. de usur. (22. 1) cf. Plaut. Aulul. III, 5. — Etiam plus ipse ultro debet argentario. — Schol. 1 a. a. D. αὐτὸς ἐκ τοῦ ἐναντίου καὶ ἐν πᾶσι — ipse e contrario in factum agit. — Die Bezeichnung der contraria actio als einer in factum actio weiß ich nicht zu erklären. —

⁵⁹⁾ l. 17 §. 1 D. commod. (13. 6). — — ⁶⁰⁾ l. 8 pr., l. 25 D. de pignorat. act. (13. 7), l. 7 fin. C. eod. (4. 24), l. 6 C. de pign. et hyp. (8. 14), cf. l. 52 §. 2 D. de pact. (2. 14). — — ⁶¹⁾ Die in der vorlesenen Note angeführte Basilicenscholie fährt nach den herausgehobenen Worten fort: εἰς ἀνάληψιν ἢ ἐν καταβολῇ, ut repetat ea, quae solvit.

der Eigenthumswerth der Pfandsache unter dem Betrage der Pfandschuld zurückbleiben kann und doch der Abjudicationspreis auch den Eigenthumswerth der Pfandsache nicht übersteigen darf, um ferner als notwendige oder nützliche Verwendung gelten zu können⁶²). Der Abjudicator muß also beide Grenzen inne halten und durch übertriebenes Aufgebot (*animosa licitatio*, ὑπερ τὸ δέον⁶³)) weder mehr, als die Pfandschuld, noch mehr, als den Eigenthumswerth der Pfandsache dem Miterben bezahlen; sonst wird ihm dieses Mehr durch den Vorwurf einer willkürlich und ohne Noth gemachten Ausgabe (*nisi si objiciatur*) an dem Betrage seiner *pignoratitia actio contraria* gekürzt (*sed hujus rei ratio habebitur*)⁶⁴). Denn was der Pfandgläubiger als Licitant thut, ist so anzusehen, als ob es der Verpfänder durch einen Procurator thäte, weil der Pfandgläubiger bei den auf die Pfandsache zu machenden Verwendungen nicht wie beim Pfandverkauf sein eignes Interesse⁶⁵), sondern gleich dem Mandatar das Interesse des Verpfänders zur Richtschnur zu nehmen hat⁶⁶), jenes erhöhte Licitationsgebot aber dem Interesse des Verpfänders unmöglich entsprechen kann⁶⁷). Paulus schließt also mit gutem Grunde seine Erörterung durch die Worte: *et ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori*.

Damit wäre denn erwiesen, daß auch Paulus der adjudicatio eines gemeinschaftlichen Pfandrechts die Wirkung zuschreibt, die Pfand- und Schuldbforderungsklagen der Theilungsgenossen durch fingirte Cession als *utiles actiones* auf den Abjudicator zu übertragen.

Durch diesen Beweis erklärt sich endlich folgende Stelle:

Paulus lib. 23 ad Edictum⁶⁸).

Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio, videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit: ut si iudex alteri usum adjudicaverit, non videamur

⁶²) l. 39 pr. D. de her. pet. (5. 3). — — ⁶³) Ἐθελ. a a. D. — immoderatius. — cf. Ἐθελ. 1 . . μὴ δέοντως. — l. 10 §. 13 D. com. div. (10. 3). — Solum illud spectandum est, num forte fraus aliqua venditoris interveniat. — — ⁶⁴) Ἐθελ. 1 a. a. D. — — ⁶⁵) l. 42 D. de pignor. act. (13. 7) . . cum in venditione, quae rite fit ex pacto, suum negotium gerat. — cf. l. 6 pr. D. eod., l. 8 D. de distr. pign. (20. 5). — — ⁶⁶) l. 25 D. de pignor. act. (13. 7). — — ⁶⁷) Ἐθελ. 1 a. a. D. — ὥσπερ οὖν ἐν ἐκάλῳ προκούρῳ μὴ δέοντως ὑπερθεματίζουντι, οὕτω καὶ τῷ πλεονόμῳ ἐγκαλεῖ — quemadmodum igitur debitor procuratori imputaret, si immoderate licitus esset, ita etiam heredi id imputat. — — ⁶⁸) l. 10 §. 1 D. com. div. (10. 3). Ἐθελ. und Basil. XII, 2 c. 10 §. 1 (Heimb. I, p. 806 sq.). — Cujac. (opp. V, p. 365).

tur alter, qui mercedem accepit, non uti: quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

Obgleich die Servitut des usus untheilbar ist⁶⁹⁾ und in der Regel weder verkauft noch vermiethet werden kann, weil beides als ein Ausfluß des frui betrachtet wird⁷⁰⁾, zu dem der Usuar kein Recht hat⁷¹⁾, so soll doch der Theilungsrichter einen gemeinschaftlichen usus, d. h. einen usus, zu dem Mehrere ganz berechtigt sind⁷¹⁾, dem Einen der Genossen gegen einen dem Anderen zu zahlenden Preis adjudiciren dürfen, quia hoc per necessitatem fit⁷²⁾. Dieser Abjudication verschafft dann der Prätor pflichtgemäß⁷³⁾ dadurch Wirksamkeit, daß er dem Abjudicator die confessoria in rem actio des anderen Genossen vermöge fingirter Cession als utilis actio verleihet⁷⁴⁾ und auf die Weise ein Rechtsverhältniß begründet ganz ähnlich demjenigen, welches durch den vom Usufructuar geschehenen Verkauf des ususfructus für den Käufer entsteht⁷⁵⁾. Der Quascedent bleibt Inhaber des Rechts, und der Quascessionar hat die durch eine utilis actio suo nomine zu schützende Ausübung im Namen des Quascedenten. Bei der Abjudication des fremden usus macht nur der Umstand einige Schwierigkeit, daß einstweilen weder die im Namen des Quascedenten zu vollziehende Ausübung, noch die im eignen Namen des Quascessionars zu betreibende Verfolgung des fremden usus zur Erscheinung kommen kann, weil der Quascessionar schon aus eiguem Rechte direct zur ganzen Ausübung und zur ganzen Verfolgung des usus berechtigt ist und dadurch die Ausübung und Verfolgung des fremden usus verdeckt, und den fremden usus der Erlösungsgefahr durch non usus aussetzt. Gleichwohl ist es von Wichtigkeit, daß die auf fingirter Cession beruhende utilis confessoria actio hinsichtlich des fremden usus erhalten wird, da sie nach dem Erlöschen des eignen usus durch Tod oder capitis deminutio dem Abjudicator oder dessen Erben nöthig sein kann, um sich bis zum Tode oder Statusverluste des anderen Usuars in der Ausübung des fremden usus zu behaupten. Paulus macht deshalb aufmerksam auf den beim verkauften Usufructus geltenden Rechtsatz, daß der Verkäufer sogar bei der vom Käufer unterlassenen Ausübung der Servitut vor dem Erlöschen derselben durch non usus gesichert sei, weil er selbst durch den Gebrauch des Kauf-

⁶⁹⁾ l. 19 D. de usu et habit. (7. 8) — — ⁷⁰⁾ §. 1. 2 J. de usu et habit. (2. 5), l. 8 D. eod., l. 11, l. 12 §. 6. D. eod. — — ⁷¹⁾ l. 14 §. 2 D. eod. — — ⁷²⁾ cf. l. 22 pr. D. eod. — — ⁷³⁾ l. 44 §. 1 D. fam. herc. (10. 2). — — ⁷⁴⁾ *Ἐσχολ.* 1 *Ἀββ.* 4 zu Basil. XII, 2 c. 10 §. 1 (Heimb. I, p. 807) . . . καὶ πραιτωρ φηλάττει αὐτοῦ τὸν οὖσον — et Praetor usum ejus tuetur. — — ⁷⁵⁾ *Ἐ. Ἐ.* 203 zu not. 60.

gelbes die Servitut auszuüben scheine⁷⁶⁾. Dieser Satz sichere auch bei der Adjudication des usus vor der Erlöschungsgefahr durch non usus, indem jedenfalls der Empfänger des Adjudicationspreises durch dessen Gebrauch nicht bloß ein uti, sondern sogar ein frui bethätige, und durch diese Bethätigung eines Mehr jedem Vorwurfe eines non uti vorbeuge⁷⁷⁾.

Durch diese Erklärung bestätigt auch das letzte Bruchstück, daß des Theilungsrichters adjudicatio dem Abjudicator durch fingirte Cession die Klagen der übrigen Genossen als utiles actiones verschafft.

V. Sogenannte hypothekarische Succession.

Allgemeines. Unter dem Namen der hypothekarischen Succession §. 27. fassen die Neueren alle Fälle zusammen, in denen man durch Abfindung eines Pfandgläubigers ohne Weiteres in dessen Rechte einrückt, und zwar entweder in die Pfandklage und in die damit verbundene Hauptklage, oder bloß in die Pfandklage, je nachdem neben der Pfandklage die Hauptklage fort dauert, oder aber dieselbe sei es bereits in der Person des Abgefundenen erloschen ist, sei es erst in der Person des Abfindenden erlischt. Dieses Einrücken geschieht durch fingirte Cession und findet Statt, so oft das Pfandrecht mit anderen Rechten an der verpfändeten Sache, namentlich mit Eigenthum, Emphyteuse, Superficies, Servituten oder anderen Pfandrechten in Collision tritt und der Inhaber des gefährdeten Rechts zum Schutze desselben das gefährdende Pfandrecht ab- und einlöst. Obgleich nämlich die Abfindung des Pfandgläubigers durch Bezahlung oder Deposition der Pfandschuld dessen Pfandrecht und Hauptforderung eigentlich nur aufheben würde, so ist doch billig erachtet, daß derjenige, welcher den Schutz eines vorhandenen Rechts bezweckt, gegen Angebot der Abfindung die Abtretung der dem Pfandgläubiger durch die Abfindung jedenfalls unnütz werdenden Klagen fordern, und gegen Zahlung oder Deposition der Abfindung selbst ohne Weiteres die ihm gebührende Abtretung als geschehen fingiren dürfe, um zu dem Inhalte des eignen gefährdeten Rechts den Inhalt des fremden gefährdenden Pfandrechts hinzuzuerwerben und auf diese Weise das eigne Recht nicht bloß von der durch das fremde Pfandrecht drohenden Gefahr zu befreien, sondern

⁷⁶⁾ l. 38, l. 39 D. de usufr. (7. 1), l. 12 §. 2 D. eod. — — ⁷⁷⁾ cf. Echel 1 Abth. 3 zu Basil. XII, 2 c. 10 §. 1 (Heimb. I, p. 807) — καὶ μηδὲ ἐκπίπτει τοῦ οὐσού . . οὐκ ὀφείλει ἐκπίπτειν τοῦ οὐσού — nec usu excidet . . usu excidere non debet.

auch durch den möglichen Gebrauch der dem fremden Pfandrechte eigenthümlichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel gegen sonstige Gefahren zu stärken (*confirmare*)¹⁾.

Das neuere römische Recht hat aus demselben Grunde sogar die *exceptio legis Anastasianae* für unanwendbar erklärt, wenn nach freiwilliger Uebereinkunft die Abfindungssumme den Betrag der vom abgefundenen Pfandgläubiger durch wirkliche oder fingirte Cession übertragenen Pfandforderung nicht erreicht und der Cessionar oder QuasiceSSIONAR gleichwohl den ganzen Betrag der auf ihn übergangenen Pfandforderung vom Schuldner einlagt²⁾. Auch in dieser Bestimmung findet die Ansicht, daß das Wesen der hypothekarischen Succession in einer fingirten Cession beruhe, entschiedene Unterstützung. Die Ansicht hat aber desungeachtet noch in neuester Zeit lebhaften Widerspruch erfahren³⁾, so daß eine eindringendere Vertheidigung derselben nicht umgangen werden kann.

Wir wagen einen Versuch derselben, indem wir mit derjenigen Abfindung beginnen, welche zu Schutz und Stärkung gefährdeten Eigenthums unternommen wird, und dann zu derjenigen Abfindung übergehen, welche den Schutz und die Stärkung eines gefährdeten Pfandrechts bezweckt. Wir ersparen dadurch eine besondere Erörterung derjenigen Abfindung, welche Schutz und Stärkung anderer Rechte bewirken soll, weil diese in jeder Hinsicht nach den nämlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, welche bei der zu Schutz und Stärkung von Eigenthum vollzogenen Abfindung gelten. Zu bemerken ist nur noch, daß nicht bloß Eigenthum, Nießbrauch und Pfandrecht an Sachen, sondern auch Eigenthum, Nießbrauch und Pfandrecht an Forderungen geeignet ist, den Inhaber zu berechtigen, ein fremdes gefährdendes Pfandrecht zu Schutz und Stärkung des eignen gefährdeten Rechts an der Forderung mittelst Abfindung des fremden Pfandgläubigers durch fingirte Cession zu erwerben⁴⁾.

¹⁾ l. 1, l. 5 C. qui potior. (8. 18), l. 22 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 9 §. 3 qui potior. (20. 4), l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). — Einen andern völlig willkürlichen Begriff des *confirmare* stellt auf Bachofen Pfandr. I, §. 513 ff. — cf. l. 5 pr. D. de distr. pign. (20. 5) in Verbindung mit l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3). — — ²⁾ l. 22 C. mand. (4. 35) . . (*exceptis cessionibus*) his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit. — S. §. 44 f. nr. 2. — — ³⁾ J. V. von Bachofen Pfandr. Th. I, §. 497 ff. — von Dernburg im Archiv für civ. Pr. Bd. 41, §. 1 ff. — — ⁴⁾ S. §. 36.

Hypothekarische Succession.

(Fortsetzung.)

A. Abfindung zu Schutz und Stärkung von Eigenthum.

Im Fall gefährdeten Sacheigenthums kann entweder der §. 28. nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besitzenden Eigenthümer die hypothekarische Klage, oder umgekehrt der nicht besitzende Eigenthümer gegen den besitzenden Pfandgläubiger die Eigenthumsklage anstellen. Beide Alternativen wollen wir jetzt gesondert untersuchen.

1. Klagt der nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besitzenden Eigenthümer, so kann sich der Beklagte in doppelter Weise vertheidigen. Er kann entweder einfach Zahlung anbieten, oder er kann mit Beziehung auf sein Eigenthum Zahlung anbieten und mittelst der exceptio doli Cession verlangen¹⁾.

Das einfache Zahlungsangebot bewirkt im Fall der Annahme Aufhebung der Pfandklage und der damit verbundenen persönlichen Hauptklage, im Fall der Ablehnung dagegen Aufhebung der Pfandklage mit Aufrechterhaltung der persönlichen Hauptklage²⁾; in dem einen wie in dem anderen Falle aber Sicherung des Beklagten sowohl für jetzt, als mittelst der exceptio rei judicatae³⁾ für alle Zukunft gegen Pfandansprüche des Klägers. Zum Beweise dient:

Paulus lib. 5 Responsorum⁴⁾.

Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de jure possessoris. cum jus petitoris removeatur soluto pignore.

Jedweder Besitzer kann den mit der Pfandklage angreifenden Pfandgläubiger durch Zahlungsangebot zurücktreiben. Mag der Kläger das Angebot annehmen oder ablehnen, immer entsteht entweder der Einwand empfangener Befriedigung oder der Einwand selbstver-

¹⁾ l. 32 §. 5 D. de donat. int. V. et U. (24. 1), l. 57 D. de legat. I (30). — — ²⁾ Nur während der Dauer des Angebots, welche durch Devotion verlängert werden kann, wird die persönliche Klage in ihrer Rechtshängigmachung gehemmt. l. 40 §. 2 D. de pact. (2. 14), l. 30 D. de solut. (46. 3), l. 73 D. de procur. (3. 3) in Verbindung mit Basil. XI, 1 c. 40 §. 2 und Schel. (Heimb. I, p. 625 sq.). — Cujac. (opp. IV, p. 839 D) scheint l. 40 §. 2 D. de pact. cit. unrichtig zu erklären. — — ³⁾ l. 19, l. 30 §. 1 D. de exec. rei judic. (44. 2). — — ⁴⁾ l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — Basil. XXV, 8 c. 12 §. 1 (Heimb. III, p. 93). — Cujac. obs. XI, 35.

schuldeter Nichtbefriedigung⁵⁾, von denen jener die Pfand- und die Hauptklage, dieser wenigstens die Pfandklage aufhebt, beide sonach dem Beklagten zur Losprechung⁶⁾ und für die Folge zur exceptio rei judicatae verhelfen. Um also den Anspruch des Klägers durch Auslösung des Pfandes zu vereiteln, braucht nach dem Recht des Besitzers nicht gefragt zu werden. Es genügt, daß das Recht des Klägers beseitigt worden ist. Das Recht des Besitzers gewinnt erst Bedeutung, wenn der Besitzer durch Zahlung oder Deposition der Pfandschuld nicht bloß Befreiung vom Pfandrechte und etwa unter Voraussetzung der sonstigen Erfordernisse eine actio negotiorum gestorum contraria gegen den Schuldner⁷⁾ oder eine exceptio doli gegen den dritten Vindicanten⁸⁾, sondern vielmehr Anspruch auf Cession oder ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones suo nomine erlangen will.

Das mit dem Beweise eines dinglichen Rechts verbundene Zahlungsanerbieten berechtigt nämlich den Beklagten, mittelst der exceptio doli die Zahlung bis zur Cession des Klägers zurückzuhalten und, wenn Cession verweigert wird, Abweisung der Pfandklage zu verlangen. Der Kläger ist mithin genöthigt, entweder gegen Empfang der Zahlung die Pfandklage und die persönliche Hauptklage abzutreten, oder ohne Zahlung die Pfandklage zu verlieren und nur die persönliche Hauptklage zu behalten. Scävola bezeugt dieses, indem er von einem Pfandgläubiger, welcher die hypothekarische Klage gegen einen Gemann anstellt, der von seiner Frau ein verpfändetes Grundstück zum Braut-schatz erhalten hat und später nebst rechten und Stiefkindern testamentarisch von derselben zum Erben eingesetzt ist, im fünften Buche seiner Responsen schreibt⁹⁾:

Quaero an si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere? Respondi, posse videri non injustum postulare.

⁵⁾ l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), cf. l. 72 §. 2 D. de solut. (46. 3). — — ⁶⁾ l. 16 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1) . . et aut pecuniam solvat. — l. 40 D. de pignor. act. (13. 7). Nov. 112 c. 1. — Cic. ad famil. XIII, 56. — — ⁷⁾ l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 21 C. de pign. (8. 14), l. 3, l. 9 C. de neg. gest. (2. 19). — — ⁸⁾ l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 5), l. 65 D. de reiv. (6. 1). — In l. 65 D. cit. setzt Papinian voraus, daß der bon. fid. possessor ohne den Beweis seines Rechts einfach als Besitzer die Pfandschuld bezahlt, daher das jus nominis getilgt, nicht durch fingirte Cession auf sich übertragen habe, cf. l. 3 C. de neg. gest. (2. 19). S. S. 286. — Ueber die sonstige Erklärung der Stelle vergl. l. 27 §. 5, l. 48 D. de reiv. (6. 1). — Cujac. (opp. IV, p. 891 sq.). — — ⁹⁾ l. 19 D. qui potior. (20. 4). — cf. Mühlentr. Cess. S. 416 ff.

Als Eigenthümer¹⁰⁾ ist der Ehemann justus possessor¹¹⁾, und als justus possessor soll er das Recht haben, gegen Zahlungsoferte der Pfandschuld Cession des jus nominis zu verlangen. Das jus nominis umfaßt, wie die Basiliken bestätigen¹²⁾, sowohl die Pfandklage, als die damit verbundene persönliche Klage, so daß der Ehemann durch die Cession befähigt wird, beides, die persönliche Forderung und das dingliche Pfandrecht sowohl direct alieno nomine, als utiliter suo nomine durch Klage, Einrede und Replik geltend zu machen.

Das Eigenthum ist mithin kein Hinderniß, sondern gerade der Grund, Pfandrecht an derselben Sache zu erwerben, um zur Abtretung des aus Pfandrecht und persönlicher Obligation bestehenden jus nominis durch die exceptio doli und die dadurch hervorgerufene Befreiung eventueller Klageabweisung den Gegner zwingen zu können.

Weitere Anwendungen desselben Rechtsfazes liefern Ulpian und Papinian. Nach jenem soll die vom Ehemanne mit einer verpfändeten Sache beschenkte Frau, nachdem das Geschenk durch den Tod des Ehemannes Gültigkeit erlangt hat, den mit der hypothecaria actio klagenden Pfandgläubiger durch exceptio doli nöthigen können, gegen Zahlung der Schuld seine Klagen abzutreten (ut sibi mandentur actiones)¹³⁾, und nach diesem soll der ebenfalls als justus possessor gedachte Grundbesitzer, welcher vom Fiscus mit der Pfandklage wegen der von anderen Grundbesitzern geschuldeten Grundsteuer in Anspruch genommen ist, gegen Zahlung der Pfandschuld Cession der Klagen gegen die übrigen Grundbesitzer fordern dürfen¹⁴⁾.

Zweifel über das Recht des beklagten Eigenthümers, als solcher vom klagenden Pfandgläubiger Cession zu verlangen, können hiernach nicht füglich mehr obwalten. Es ist aber auch ebenso entschieden, daß der Eigenthümer, welcher den Pfandgläubiger zum Schutze seines Rechts durch Zahlung oder Deposition der Pfandschuld wirklich absündet, gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones suo nomine erhält.

Ulpian im 33. Buche zum Edict sagt von dem Fideicommissar,

¹⁰⁾ 1. 13 §. 2 D. de fundo dot. (23. 5), 1. 23 C. de jure dot. (5. 12). — ¹¹⁾ C. C. 263 not. 32. — ¹²⁾ Basil. XXV, 5 c. 17 (Heimb. III, p. 82): 'Ο δίκαιως νυμμέρος τὸ ἐρέχοντο ἐὰν ἐπαχθεὶς προσέτῃ τὸ χρῆμα, καὶ ὡς ἀπαχθεὶς τὸν δανειστὴν ἐκχωρήσῃ αὐτῷ τὰς ἀγωγὰς. — Qui justo pignus possidet, si conventus debitum offerat, creditorem recte compellit, ut sibi cedat actionibus. — ¹³⁾ 1. 32 §. 5 D. de don. int. V. et U. (24. 1), über deren weitere Erklärung vergl. Ant. Fabri error. pragmatic. XLVI, 7 (tom. II, p. 1036 sq.). — cf. Nov. 162 c. 1 §. 1. — ¹⁴⁾ 1. 5 pr. D. de cens. (50. 15). C. C. 65 ff.

welchem wissentlich eine verpfändete Sache ohne die ausdrückliche Auflage der Einlösung vermacht ist¹⁵⁾:

poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur.

und fügt unmittelbar nach diesen Worten hinzu:

Quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur.

Hat der Fideicommissar als Eigenthümer versäumt, bei Zeiten von den klagenden Pfandgläubigern gegen Zahlung der Pfandschuld die Abtretung ihrer Klagen durch eine exceptio doli zu erwirken, so soll er durch die jurisdictio des Provinzialvorstehers dasselbe erlangen; nämlich die Abtretung der Klagen (actiones exhiberi), wie zweifellos aus den Basiliken hervorgeht, welche übersetzen¹⁶⁾:

Kαὶ περὶ τοῦ, πότε δύναται ὁ λεγατάριος ἐναχθεῖς παρὰ τῶν δανειστῶν ἐκχωρεῖσθαι τὰς ἀγωγὰς αὐτῶν, ἢ πρὸ καταβολῆς, ἢ καὶ μετὰ ταῦτα διὰ τοῦ ἄρχοντος.

Die nach der Zahlung vom Provinzialvorsteher nachgeholte Cession muß auf einer Fiction beruhen, welche utiles actiones suo nomine begründet und zugleich den Zeitpunkt der erdichteten Cession auf die geleistete Zahlung zurückzieht; denn ohne diese Voraussetzung würde die numeratio nicht als ein Mittel zum Forderungserwerbe (pretium), sondern als ein Mittel zur Forderungstilgung (solutio) wirksam gewesen sein, folglich die Pfandklage wie die damit verbundene persönliche Klage sowohl zur wirklichen als zur fingirten Cession untauglich gemacht haben¹⁷⁾.

Eine gleiche Entscheidung wird mitgetheilt von
Paulus lib. 5 Sententiarum¹⁸⁾.

Qui pro alio a fisco conventus debitum exsolvit, non inique postulat persecutionem bonorum ejus, pro quo solvit: in quo etiam adjuvari per officium¹⁹⁾ solet.

¹⁵⁾ l. 57 D. de legat. I (30), cf. §. 5 J. de legat. (2. 20), l. 6 C. de fideic. (6. 42), Mühlentr. im Arch. f. civ. Pr. Bd. 15 S. 393 ff. — Cess. S. 465. 473 not. 542. Cujac. (opp. VII, p. 1046 sq.). — S. S. 184 f. —

¹⁶⁾ Basil. XLII, l. c. 34 (Heimb. IV, p. 338) . . et de eo, quando legatario a creditoribus convento actiones eorum cedi possint; vel ante solutionem, vel etiam post haec ope Praesidis. — — ¹⁷⁾ l. 76 D. de solut. (16. 3), l. 1 C. contrar. jud. tut. (5. 58). S. S. 60 ff. —

¹⁸⁾ l. 45 §. 9 D. de jure fisci (49. 14). — S. Mühlentr. Cess. §. 44 S. 467 ff. — — ¹⁹⁾ Galeander und Andere, z. B. Dig. nov. Jenson. Venet. 1477 lesen unrichtig: per officium judicis.

Soll diese Stelle nicht mit anderen²⁰⁾ im Widerspruche stehen, so kann sie sich nur auf den Fall beziehen, daß der dritte Besitzer von Sachen, die dem Fiscus generell verpfändet sind, vom Fiscus mit der Pfandklage in Anspruch genommen ist, und als Eigenthümer gegen An- gebot der fremden Schuld Cession der das ganze Vermögen des Schuld- ners umfassenden Pfandklage und — wie hier und an anderen Orten²¹⁾ als stillschweigend verstanden hinzuzudenken ist — der zur Pfandklage ge- hörigen persönlichen Forderung verlangt. Paulus entscheidet, daß dies Verlangen nicht unbillig sei, und fügt hinzu, daß nach geleisteter Zah- lung das Verlangen auch ohne Cession durch die betreffende Behörde (per officium²²⁾), d. h. mittelst der von derselben auf Grund fingirter Cession zu verleihenden utiles actiones, erfüllt zu werden pflege²³⁾.

Auf dieselbe Weise erklären sich folgende drei Constitutionen:

1. Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Dionysio²⁴⁾.

Si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae ven- ditor nominis persequi posset, apud Praesidem provinciae vin- dica: nam si debitum ex ejus persona res tibi obligatas tenentes non transferant, jure communi pignora distra- here non prohiberis. — Subscript. 3 Cal. Januar. Sirmii A. A. Coss. — 293.

Wenn Dionysius vom Pfandgläubiger eine Forderung gekauft hat, so soll er auch die Pfänder, welche der Verkäufer der Forderung hätte verfolgen können, beim Provinzialvorsteher einklagen dürfen: folglich (nam) ist er nicht behindert, die Pfänder nach gemeinem Rechte zu verkaufen, falls Diejenigen, welche die aus der Person des Verkäufers ihm verpfändeten Sachen besitzen, die Schuldforderung nicht (durch Zahlung) auf sich übertragen. Der ungewöhnliche, statt des einfachen offerre gebrauchte Ausdruck transferre bezweckt unverkennbar, die Zahlung, welche regelmäßig ein *modus tollendae obligationis* ist, ausnahmsweise als einen *modus transferendae obligationis* darzustellen. Auch Mühlenbruch²⁵⁾ versteht den Ausdruck so, nur daß er die Uebertragung auf eine wirkliche Cession zurückzuführen versucht, von der nicht die leiseste Andeutung vorhanden ist, zumal da bei der Voraussetzung einer wirklichen Cession das Wort *transferre* auf den Cedenten und nicht, wie geschehen, auf den Cessionar bezogen sein mußte²⁶⁾. Von den beklagten Pfandbesitzern kann nur dann richtig

²⁰⁾ l. 3, l. 7 C. de privil. fisci (7. 73). Mühlenbr. Cess. S. 478 ff. — l. 11 C. de fidej. et mand. (8. 41). — — ²¹⁾ l. 13 C. de locato (4. 65), l. 2, l. 11, l. 21 C. de fidei. (8. 41). — — ²²⁾ cf. Brisson. de V. S. s. v. of- ficium. — — ²³⁾ cf. l. 2 C. de duob. reis (8. 40). — Rector prov. juvare te non cunctabitur. — S. §. 37. — — ²⁴⁾ l. 7 C. de O. et A. (4. 10). — — ²⁵⁾ Cess. S. 477 not. 552. — — ²⁶⁾ l. 13 C. locati (4. 65).

gesagt sein, daß sie durch Zahlung das debitum auf sich übertragen, wenn mit der Zahlung eine fingirte Cession verbunden ist, die ihnen ohne Zuthun des bezahlten Pfandgläubigers utiles actiones verschafft. Wir brauchen also nur zu erwägen, daß das Rescript die Pfandbesitzer stillschweigend als Eigenthümer oder *justi possessores* gedacht haben wird, um alles in Ordnung zu finden.

2. Imp. Severus et Antoninus A. A. Hadriano²⁷⁾.

Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes: sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem utilem habebis, vel iudicio familiae herciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris. — P. P. 8 Cal. Febr. Anulino et Frontone Coss. — 200.

Von zwei Brüdern, die das Vermögen ihres Vaters, und darin eine Pfandschuld desselben geerbt haben, zahlt der Eine, Namens Hadrian, die ganze Schuld und fragt dann bei den Kaisern an, wie er von seinem Bruder den diesen betreffenden Theil der Zahlung wiedererlangen könne. Die Kaiser antworten, wenn er — ohne vielleicht nur einmal die verpfändete Sache zu besitzen — freiwillig für seinen Bruder gezahlt habe, so könne er denselben mit der *actio negotiorum gestorum contraria* belangen²⁸⁾, wenn er dagegen als Pfandbesitzer mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommen, die ganze Schuld zum Zweck eigner Pfandbefreiung zu bezahlen genöthigt gewesen sei²⁹⁾, so habe er eine *utilis actio* oder — sofern die Erbtheilungsklage noch nicht angestellt und daher noch nicht processualisch consumirt worden sei³⁰⁾ — diese Klage³¹⁾. Der mit *sive sive* eingeleitete Gegensatz zwischen dem Falle, daß Hadrian freiwillig im Namen seines Bruders zu Beforgung eines *alienum negotium*, oder daß er gezwungen als Besitzer der verpfändeten Sache, und zwar als *justus possessor*, das Ganze zum Zweck der Pfandbefreiung im eignen Namen als Beforgung eines *proprium negotium*³²⁾ gezahlt habe, zeigt nicht nur, daß die durch Handschriften³³⁾ und durch die Basiliken³⁴⁾

²⁷⁾ l. 3 C. de neg. gest. (2. 19). — — ²⁸⁾ l. 31 pr. D. de proc. (3. 3), l. 43 D. de neg. gest. (3. 5), l. 16 C. eod. (2. 19), l. 3 C. de priv.isci (7. 73), l. 10 pr., l. 15 D. in rem verso (15. 3). — — ²⁹⁾ l. 1 C. de luit. pign. (8. 31), l. 65 D. de evict. (21. 2), l. 8 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7). — — ³⁰⁾ cf. Paul. sent. rec. I, 18. 1. — l. 20 §. 4 D. fam. herc. (10. 2) u. Zeph. 14 zu Basil. XVII, 2 c. 3 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 156). — — ³¹⁾ l. 25 §. 14 D. fam. herc. (10. 2). — — ³²⁾ cf. l. 12 §. 6 D. qui potior. (20. 4). — Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. — C. §. 35. — — ³³⁾ cf. Glasse ad h. l. — — ³⁴⁾ Basil. XVII, 2 c. 3 (Heimb. II, p. 220. — suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 156).

beglaubigte Rescart actionem utilem den Vorzug verdient vor der Rescart actionem eandem, sondern auch, daß unter der actio utilis nicht etwa eine actio negotiorum gestorum, sondern die durch fingirte Cession auf den rechtmäßigen Pfandbesitzer übergegangene Klage des Pfandgläubigers zu verstehen sei.

3. Die dritte Stelle ist eine Constitution des Kaisers Constantin³⁵⁾, worin den Städten nach Analogie des in gleichem Falle dem Fiscus zustehenden Pfandrechts³⁶⁾ ein stillschweigendes Generalpfandrecht gegen ihren Contractschuldner bewilligt und unter Anderem bestimmt wird:

Quoties minus idoneum deprehenditur ejus patrimonium, ejus nomen civitati alicui invenitur obnoxium³⁷⁾, judex omni diligentia et sollicitudine debet inquirere, ad quos ex qualibet conditione transierint debitoris facultates: ut singuli aequa aestimatione habita pro rata rerum, quas possident, conveniantur: personalem actionem contra eum habituri debitorem, qui ipsis solventibus liberatur.

Nach dieser im J. 314 erlassenen Constitution an den Locrius Verinus, welcher damals Rector irgend einer Provinz gewesen sein muß und in späteren Verordnungen Vicarius Africae heißt³⁸⁾, sollen diejenigen Vermögensstücke, welche zur Zeit des Contractsabschlusses Eigenthum des Schuldners gewesen waren, obnoxia corpora sein und die dritten Besizer derselben, obschon sie justi possessores sind, einer Klage der Stadt unterliegen. Diese Klage wird freilich von Vielen für eine besonders modificirte persönliche Klage gehalten, weil sie nur auskömmlich und nur nach dem Werthverhältniß, welches die besessenen Sachen unter einander und zu dem ganzen früheren Vermögen des Schuldners haben, gegen die dritten Besizer stattfinden und, wenn das Vermögen des Schuldners confiscirt worden ist (fisco locum fecerit)³⁹⁾, gegen diejenigen, welche Sachen daraus vom Fiscus erkaufte haben, ganz wegfallen soll; allein die ersten beiden Beschränkungen, vermöge deren die Pfandklage nur subsidiär und geheilt

³⁵⁾ l. 2 C. de debitor. civ. (11. 32), cf. l. 1 C. Th. de curat. Kalendar. (12. 11), cf. Gothofred. ad. h. l. — Cujac. ad lib. XI Cod. h. l. (opp. I, p. 818 sq.). Glück XIX, §. 88 und Dernburg Pfandr. Bd. 1, §. 355 ff. — ³⁶⁾ l. 2 C. in quib. caus. pign. (8. 15), l. 2 C. de privil. fisci (7. 73). — ³⁷⁾ Th. Cod. — ejus nomen calendario civitatis alicujus invenitur obnoxium. — ³⁸⁾ cf. Gothofred. ad. l. 1 C. Th. de curat. Kalendar. (12. 11). — ³⁹⁾ l. 5 C. de jure fisci (10. 1), l. 3 C. Th. de bon. proser. (9. 42), l. 11 C. Th. de petit. (10. 10), l. 8 pr. D. de bon. damn. (48. 20), Basil. LX, 52 c. 8 §. 2 u. Schöl. 3 ad c. 8 §. 2 (Heimb. V, p. 881).

zur Anwendung kommt, finden sich auch bei dem Pfandrecht des *Fiscus* ⁴⁰⁾, wenn es nicht gerade wegen rückständiger Steuern geltend gemacht wird ⁴¹⁾, und die zweite Beschränkung, daß Veräußerungen des *Fiscus* durch frühere Pfandgläubiger nicht angefochten werden können, ist gar nur eine selbstverständliche Folge der Subsidiarität des Pfandrechts einerseits, und der Undentbarkeit des Zahlungsunvermögens bei dem als Universalsuccessor des Schuldners persönlich verpflichteten *Fiscus* andererseits ⁴²⁾. Es kann also nicht wohl bezweifelt werden, daß der Ausdruck *obnoxia corpora* der in diesem Zusammenhange gewöhnlichen Bedeutung gemäß ⁴³⁾ verpfändete Sachen bezeichnet und das den Städten durch Constantin oder auch vielleicht schon durch Diocletian ⁴⁴⁾ gegebene und durch Constantin nur bestätigte Vorrecht in einem stillschweigenden Generalpfandrechte besteht ⁴⁵⁾, welches ihnen früher nur durch besonderes kaiserliches Privilegium ⁴⁶⁾ oder durch besondere Bestimmungen des städtischen Statuts ⁴⁷⁾ zu Theil werden konnte.

Die auf Grund dieses Vorrechts von der Stadt gegen rechtmäßige dritte Besitzer der verpfändeten Sachen gerichtete *actio hypothecaria* soll nun, wenn sie durch Abfindung abgewandt wird, zur Folge haben, daß die Pfandbesitzer gegen den durch ihre Abfindung befreiten Schuldner eine persönliche Klage bekommen. Offensichtlich ist darunter die persönliche Klage der abgefundenen Stadt gemeint, welche nebst dem betreffenden Theile der Pfandklage durch fingirte Cession auf den abfindenden *justus possessor* übergegangen ist, aber allein angestellt werden kann, weil die dazu gehörige Pfandklage kein nicht schon im Besitze des Quacessionars befindliches Object hat und deshalb bei der gegenwärtigen Sachlage

⁴⁰⁾ l. 47 pr. D. de jure fisci (49. 14) . . . in reliquum possessorem omnem. — l. 1 C. de conven. fisci debit. (10. 2). — — ⁴¹⁾ l. 5 pr. §. 3 D. de censib. (50. 15). S. S. 65 f. — — ⁴²⁾ l. 2 §. 1 D. de fundo dotali (23. 5). — l. 17 §. 5 D. ad Scit. Trebell. (36. 1), l. 31 pr. D. solut. matrim. (24. 3), l. 5 C. de bon. proser. (9. 49), l. 2 C. ad leg. Jul. de vi (9. 12). — — ⁴³⁾ l. 1 C. de precar. (8. 9), cf. Brisson. s. v. obnoxius. — l. 4, l. 6 C. in quib. caus. pign. (8. 15), l. 1 in fin. C. de tutor. vel curat. (5. 33). — Nov. 136 c. 2. — — ⁴⁴⁾ l. 4 C. quo quisque ord. (11. 35) . . . vel rerum ejus possessores. — cf. Glück Bd. 19 S. 86. — — ⁴⁵⁾ A. M. ist ohne überzeugende Gründe Dernburg Pfandr. Th. I. S. 355 ff. — — ⁴⁶⁾ l. 2 C. de jure reip. (11. 29), l. 10 D. ad munic. (50. 1), l. 16 D. de V. S. (50. 16), cf. l. 8 D. qui potior. (20. 4), l. 3, l. 4 C. eod. (8. 18), l. ult. C. de his, qui in prior. loc. succ. (8. 19), l. 33 §. 1 D. de usur. (22. 1), cf. Echol. 2 zu Basil. XXIII, 3 c. 33 (Heimb. II, p. 711). — — ⁴⁷⁾ l. 37 D. de auct. jud. poss. (42. 5), cf. Spartian. in vita Severi cap. 9. — Cujac. ad Resp. Papin. ad h. l. (opp. IV, p. 1277). Glück Bd. 19, S. 84 not. 6.

nur als Einrede gegen dritte Pfandgläubiger von Nutzen sein kann. Nach dieser den abfindenden *justus possessor* zwar unter den obwaltenden Umständen gegen den Schuldner, aber damit doch nicht zugleich überhaupt von der *utilis hypothecaria actio* ausschließenden Erklärung enthält denn auch die Constantinische Constitution nichts, als eine Anwendung und Bestätigung der gemeinrechtlichen Grundsätze.

Fortsetzung.

Die vorerörterten Grundsätze haben durch die Herbeiziehung der §. 29. über die Stellvertretung bei Tradition von Besitz und Eigenthum geltenden Regeln vollkommen folgerichtig nachstehende weitere Entwicklung erfahren.

Die Zahlung, welche der dritte Besitzer zur Befreiung seines Eigenthums von dem daran haftenden Pfandrechte dem Gläubiger zu entrichten hat, muß zwar eigentlich im Namen des persönlichen Schuldners geleistet werden, und unterliegt daher auch allen den Beschränkungen und Modificationen, welche der Schuldner selbst bei der Zahlung zu beobachten verpflichtet ist ¹⁾, nimmt aber gerade dadurch, daß der dritte rechtmäßige Besitzer sie nur gegen Abtretung der Pfandforderung zu leisten braucht, eine andere Natur an, indem sie sich mehr als einen Kaufpreis der Pfandforderung des Gläubigers, denn als eine Erfüllung der Pfandschuld des Schuldners darstellt ²⁾. Dieselbe Natur theilt, wo möglich in erhöhtem Grade, diejenige Zahlung, welche dem rechtmäßigen Besitzer gleich kraft fingirter Cession *utiles actiones* verschafft. Auch sie erscheint weniger als ein fremdes Geschäft des Schuldners, denn als ein eignes Geschäft des Abfindenden ³⁾, weniger als im fremden Namen des Schuldners, denn als im eignen Namen des Abfindenden geleistet ⁴⁾. Man nahm daher an, daß sie, wie jede vom Abfindenden im eignen Namen zu leistende Zahlung, ebenso gültig von einem Stellvertreter im Auftrage und Namen des Abfindenden, als vom Abfindenden in Person beschafft werden könne; denn selbst, wenn der Vertreter sein eignes Geld zur Abfindung verwendet, geht das Geld durch den übereinstimmenden Willen des Vertreters und des Vertretenen (*constitutum possessorium*) zuvor in das Eigenthum des Letzteren über, so daß es dennoch als Geld des Vertretenen an den Empfänger gelangt ⁵⁾. Ist es nun ebenso unzweifelhaft, daß auch der Schuldner

1) C. §. 32. — — 2) C. C. 60 ff. — — 3) l. 12 §. 6 fin. D. qui potior. (20. 4). C. §. 35. — — 4) l. 12 §. 13 D. de captiv. (49. 15) omnium nomine. — unius tantum vel quorundam, non omnium nomine. — C. §. 30. — — 5) l. 3 §. 12. 13 D. de donat. int. V. et U. (24. 1).

die Stellvertretung des abfindenden justus possessor übernehmen kann, so erklärt sich, wie sogar jede vom Schuldner im Namen und Auftrage des abfindenden justus possessor geleistete numeratio den durch fingirte Cession bewirkten Uebergang einer utilis actio vom abgefundenen Pfandgläubiger auf den vertretenen justus possessor zur Folge haben kann.

Denkt man sich ferner, daß verabredeter Maßen der Pfandschuldner die verpfändete Sache verkauft und dem Käufer das Eigenthum überträgt, der Käufer aber das Kaufgeld ganz oder theilweise, sei es in Person, sei es durch den Pfandschuldner und Verkäufer, dem Pfandgläubiger als Abfindung zahlt, so wird im ersten Falle der Verkäufer wegen der Kaufgeldsforderung durch die Compensation mit der mandati actio contraria des Käufers, im zweiten Falle der Käufer wegen der actio mandati directa durch den Rückwerb des Eigenthums am Gelde⁶⁾ befriedigt; zugleich aber wird durch die vom Käufer als Eigenthümer der verpfändeten Sache gezahlte Abfindung die Pfandklage und die persönliche Klage des Pfandgläubigers ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als utilis actio auf den Käufer übertragen, jedoch nur zu dem Zwecke, damit nunmehr die abgeleitete persönliche Klage durch die dem Käufer in dem Eigenthume der verpfändeten Sache zu Theil gewordene Befriedigung (satisfactio) aufgehoben werde⁷⁾ und bloß die abgeleitete hypothekarische Klage, soweit sie fortwährend zum Schutze des empfangenen Eigenthums gegen anderweite Pfandansprüche, mithin zum Bestande der erhaltenen Befriedigung, nöthig ist, in Kraft bleibe⁸⁾.

Nichts weiter, als diese consequente Entwicklung findet man in nachstehenden Gesetzen, wenn man erwägt, daß die auf den abfindenden Käufer der verpfändeten Sache übergegangene utilis hypothecaria actio meist in Form der exceptio zur Abwehr anderweiter Pfandansprüche wirksam werden muß.

1. Imper. Alexander A. Valenti⁹⁾.

Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in jus eorum suc-

⁶⁾ l. 180 D. de reg. jur. (50. 17), l. 49, l. 64 D. de solut. (46. 3), l. 2 fin. D. de calumn. (3. 6), l. 5 pr. D. si quid in fraud. patr. (38. 5), l. 15 §. 1 D. de statu lib. (40. 7), l. 31 §. 1 D. de novat. (46. 2). — — ⁷⁾ l. 44 pr. D. de solut. (46. 3), l. 4 C. de evict. (8. 45). — — ⁸⁾ C. C. 224 f. — — ⁹⁾ l. 3 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19). — Die Basil. XXV, 4 c. 15 (Heimb. III, p. 78) geben dem Rescripte durch Textveränderung einen anderen Sinn. C. C. 235.

cessisti: et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes. — P. P. Calend. Febr. Juliano 2 et Crispino Coss. — 225.

2. Paulus lib. 6 Responsorum ¹⁰⁾.

Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

3. Papinianus lib. 3 Responsorum ¹¹⁾.

Si debitor non interveniente creditore (sc. priore) pignus vendiderit ejusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri (sc. a secundo creditore), quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget.

Zufolge aller drei Stellen hat Jemand nach Verabredung das Eigenthum einer verpfändeten Sache vom Pfandschuldner gekauft und mit dem Kaufgelde entweder in Person oder vertreten durch den Pfandschuldner einen Pfandgläubiger abgefunden, dergestalt, daß die Geldstücke, wenn auch zunächst als Kaufpreis vom Käufer dem Verkäufer übereignet, doch später mittelst einer wenigstens in Gedanken (durch constitutum possessorium) Statt gehalten Rückübertragung auf den Käufer unmittelbar aus dem Eigenthume des abfindenden Käufers (pecunia tua — ex pretio pecunia — de nummis ejus) in das Eigenthum des Pfandgläubigers übergegangen, dem Pfandgläubiger also im Fall der vom Pfandschuldner besorgten Tradition im Namen und Auftrage des Käufers übergeben worden sind ¹²⁾. Eine solche nicht im Namen des Schuldners geleistete Zahlung kann die Tilgung der Obligation gar nicht einmal bewirken ¹³⁾, muß vielmehr entweder als Schenkung oder als grundlose einer condictio unterliegende Bereicherung sich darstellen, oder aber als Kaufpreis der vom Empfänger durch fingirte Cession zu übertragenden Klagerrechte betrachtet werden. Die letzte Auffassung entspricht allein dem Parteiwillen. Vermöge fingirter Cession sind also auf den abfindenden Käufer als justus possessor utiles actiones übergegangen, so jedoch, daß die persönliche

¹⁰⁾ l. 17 D. qui potior. (20. 4). — — ¹¹⁾ l. 3 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). — — ¹²⁾ l. 9 §. 8 D. de reb. cred. (12. 1). . . Si nummos meos tuo nomine dederō, velut tuos — si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederō, tibi acquiratur obligatio. — — ¹³⁾ l. 17 D. de solut. (46. 3), l. 5 fin. C. eod. (8. 43), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 28 D. mand. (17. 1), l. 82 D. de jure dot. (23. 3).

Schuldfrage unmittelbar nach dem Uebergange durch die dem neuen Gläubiger in dem Eigenthume der verpfändeten Sache geleistete satisfactio untergegangen¹⁴⁾ und nur die Pfandklage zum Schutze des Eigenthums gegen anderweite Pfandansprüche wirksam geblieben ist.

Demgemäß sagt der Kaiser Alexander erst: der abfindende Käufer sei in das Recht der abgefundenen Pfandgläubiger nachgefolgt (in jus eorum successisti), was nicht anders, als durch Cession, und zwar, da von wirklicher Cession keine Spur vorhanden ist, nicht anders, als durch fingirte Cession geschehen sein kann; sodann: der abfindende Käufer könne sich vermöge der Nachfolge in das Recht der abgefundenen besseren Pfandgläubiger durch eine replikfreie Einrede gegen die Angriffe der schlechteren Pfandgläubiger schützen (contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta¹⁵⁾ defensione te tueri potes). Diese Einrede beruht offenbar auf der Regel: Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit¹⁶⁾; ist also nicht etwa eine exceptio doli, sondern die der actio hypothecaria entsprechende exceptio hypothecaria¹⁷⁾, welche ebensowohl als Replik besseren Pfandrechts wirksam wird¹⁸⁾, wenn es darauf ankommt, die vom Pfandkäufer erhobene reivindicatio gegen die Einrede des Pfandrechts schlechterer Pfandgläubiger aufrecht zu halten.

Demgemäß sagt ferner Paulus, der abfindende Käufer sei insoweit, als das Kaufgeld an einen besseren Pfandgläubiger gelangt sei, in seinen Rechten an dem erkauften Grundstücke zu schützen, wobei es dem Paulus nicht einfällt, den etwa durch Klage oder Replik zu gewährenden Schutz auszuschließen und den Käufer auf eine dann allerdings nur als exceptio doli denkbare Einrede zu beschränken.

Demgemäß sagt endlich Papinian, der abfindende Käufer sei verpflichtet, sich vom schlechteren Pfandgläubiger gegen Empfang des als Abfindung an den besseren Pfandgläubiger gezahlten Kaufpreises mit Zinsen der Zwischenzeit abermals auskaufen zu lassen; denn der Gegenstand des Auskaufs kann unmöglich etwas Anderes sein, als die durch die Abfindung vermöge fingirter Cession auf den Käufer übergegangene utilis hypothecaria actio des besseren Pfandgläubigers, die gerade so, wie sie ohne klagbare Hauptforderung dem Käufer zugestanden hat, wiederum durch fingirte Cession auf den auskaufenden schlechteren Pfandgläubiger übergeht und in der Person des Käufers das bloße Eigen-

¹⁴⁾ l. 4 C. de evict. (8. 45). — — ¹⁵⁾ pr. J. de replic. (4. 14). Gaj. IV, 126. — cf. l. 1 §. 3 D. quod vi aut cl. (43. 24). — — ¹⁶⁾ l. 1 §. 3 D. de superfic. (43. 18), l. 156 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17). — — ¹⁷⁾ l. 6 §. 9 D. comm. div. (10. 3). — — ¹⁸⁾ l. 12 pr. D. qui potior. (20. 4) . . hic in modum supra relatam replicabit.

thum der Pfandsache zurückläßt, wenn der Käufer nicht vorzieht, seinerseits den schlechteren Pfandgläubiger auszukufen, wozu er berechtigt ist theils durch die Priorität seines Pfandrechts¹⁹⁾, theils durch die dem Eigenthume inwohnende Kraft, alle seinen Bestand gefährdende Pfandrechte durch Auszahlung der betreffenden Pfandsummen nicht etwa bloß zu beseitigen, sondern nebst den dazu gehörigen persönlichen Klagen vermöge fingirter Cession dem Eigenthümer zu erwerben. — Als ein Gegenstand des Auskaufs muß die utilis hypothecaria actio dem Pfandkäufer im eignen Namen zustehen, weil sie sonst nicht weiter übertragbar sein würde²⁰⁾, und als eine zwar der klagbaren Hauptforderung ermangelnde, aber doch propter pignus²¹⁾ oder propter praecedentis contractus auctoritatem²²⁾ mit einer natürlichen Hauptobligation verbundene hypothecaria actio muß sie wegen des Rechts, selbst bei einer pecunia gratuita bis zum Belaufe gesetzlicher Zinsen zum wenigsten an die Früchte des Pfandes sich zu halten²³⁾, auch auf die nach dem Pfandkaufe naturaliter aufgelaufenen Zinsen sich beziehen, mithin den zweiten Auskäufer zu deren Ersatz verpflichten²⁴⁾, wie sie ihn demnächst berechtigt, auch dieses Ersatzes wegen aus dem Pfande oder wenigstens aus dessen Früchten sich bezahlt zu machen.

Die Ansicht neuerer Rechtslehrer²⁵⁾, daß nur der Rang, also nur eine Eigenschaft des Pfandrechts, nicht das Pfandrecht selbst auf den abfindenden Käufer übergegangen sei, wird hiernach keiner besondern Widerlegung bedürfen. Auch deutsche Gerichtshöfe haben bereits erkannt, der abfindende Käufer rücke in das Pfandrecht der abgefundenen Gläubiger dergestalt ein, daß ihn dasselbe nicht bloß, so lange er besitze, zu einer Einrede, sondern auch, wenn er Besitz und selbst Eigenthum, z. B. durch Veräußerung der Sache, verloren habe, zu einer Klage gegen die jüngeren Pfandgläubiger berechtige²⁶⁾.

Es ist also nur noch einmal zu wiederholen, daß der Uebergang von utiles actiones durch fingirte Cession lediglich voraussetzt:

erstens, den Ankauf der verpfändeten Sache, welcher regelmäßig ohne Weiteres den Erwerb des Eigenthums oder wenigstens den Erwerb dauernden Habens im Gefolge hat, weshalb Paulus an einer anderen Stelle die Lage des Käufers für besser erklärt, als die Lage des Gläubigers, der sich erst noch ein Pfandrecht an der früher schon

¹⁹⁾ C. §. 31. — — ²⁰⁾ C. §. 4 not. 28. 29. — — ²¹⁾ l. 59 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — — ²²⁾ l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20). C. §. 35. — — ²³⁾ l. 8 D. in quib. caus. pign. (20. 2), cf. l. 26 pr. D. de conduct. indeb. (12. 6). — — ²⁴⁾ l. 2 D. de distr. pign. (20. 5). C. §. 236, C. 240 zu not. 112, C. 230 f. not. 60–62. — — ²⁵⁾ Sintonis Pfandr. C. 107. — Bachofen Pfandr. Th. 1 C. 526 ff. — Dernburg im Arch. f. civ. Pr. Bd. 41 C. 28 ff. — — ²⁶⁾ Seuffert Arch. Bd. 13 Nr. 310.

einem anderen Gläubiger verpfändeten Sache besonders bedingen muß, um durch Abfindung des älteren Pfandgläubigers in dessen Stelle zu rücken²⁷⁾;

zweitens die Abfindung des Pfandgläubigers mit dem Gelde des Käufers, weshalb die Zahlung von dem Käufer in Person, oder von einem Dritten und insbesondere auch vom Pfandschuldner im Namen des Käufers unter vorgängiger oder nachträglicher Genehmigung desselben geschehen sein muß; welches letztere Stellvertretungsverhältniß jedoch trotz unterlassener ausdrücklicher Erwähnung desselben bei der vom Schuldner und Verkäufer geschehenen Zahlung auf Grund einer benigna interpretatio auch dann schon angenommen werden darf, wenn die Zahlung nur sofort nach dem Empfange des Kaufpreises vollzogen worden ist²⁸⁾;

drittens das von Papinian namentlich hervorgehobene negative Erforderniß, daß der Pfandverkauf ohne Dazwischenkunft des abgefundenen Gläubigers (*non interveniente creditore*) geschehen sei, weil die Einwilligung des Gläubigers in den Verkauf sowohl²⁹⁾, wie in eine weitere Verpfändung³⁰⁾, als ein Erlaß des Pfandrechts oder als eine Art der *satisfactio* angesehen wird, die schon im ursprünglichen Pfandgläubiger die hypothekarische Klage *ope exceptionis* aufgehoben³¹⁾, mithin bewirkt haben würde, daß die spätere Abfindung nur eine unwirksame *utilis hypothecaria actio* auf den Käufer gebracht hätte³²⁾.

Im Uebrigen ist es gleichgültig, ob der Käufer der verpfändeten Sache selbst zu den Pfandgläubigern gehört oder nicht³³⁾. Das Rescript des Kaisers Alexander und Papinian scheint das Letzte vorauszusetzen, während Paulus entschieden einen Fall der ersteren Art im

²⁷⁾ l. 3 D. quae res pign. (20. 3) . . quo casu emtoris causa melior efficietur. — C. §. 34. — cf. l. 9 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6) . . jus solum emtionis apud ambos permanserit. — dominium ad eos emtionis jure pertinere. — cf. Senec. de benef. V, 10. — l. 1 C. de fundo dot. (5. 23), l. 4 D. eod. (23. 5), l. 1 §. 2 D. de reb. eor. qui (27. 9), l. 8 §. 2 D. de alien. j. m. c. (4. 7). — — ²⁸⁾ arg. l. 24 §. 3 D. de reb. auctor. jud. poss. (42. 5). — C. §. 36. — — ²⁹⁾ l. 2, l. 4, l. 6 C. de remiss. pign. (8. 26), l. 158 D. de reg. jur. (50. 17), l. 7 pr., l. 8 §. 6 D. quib. mod. pign. (20. 6), cf. l. 4 §. 2 D. de manum. vindict. (40. 2). — — ³⁰⁾ l. 3 C. de remiss. pign. (8. 26), l. 17 §. 1 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 12 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 12 §. 4 D. qui potior. (20. 4). — — ³¹⁾ l. 7 §. 3, l. 8 §. 9. 13 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 2 C. de remiss. pign. (8. 26). — C. §. 107 zu not. 104. — — ³²⁾ l. 12 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ³³⁾ cf. l. 34 D. de pignor. act. (13. 7), l. 12 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20), l. 13 C. de pignor. et hyp. (8. 14), l. 4 C. de evict. (8. 45).

Sinne hat. Nach Paulus ist eine an drei Pfandgläubiger verschiedenen Ranges verpfändete Sache von dem mittleren Pfandgläubiger angekauft und der theils zur Deckung der eignen Pfandforderung, theils zur Abfindung des ersten Pfandgläubigers verwendete Geldbetrag mit der Kaufgeldforderung des Verkäufers aufgerechnet³⁴⁾. Es wird dabei der Möglichkeit gedacht, daß die zur Abfindung des ersten Pfandgläubigers verwendete Summe dessen Pfandforderung nicht ganz gedeckt habe. Für diesen Fall ist nur der durch die Abfindung gedeckte Theil der Pfandforderung mit einem Solidarpfandrechte vom ersten Pfandgläubiger auf den Pfandkäufer und zweiten Pfandgläubiger übergegangen, der nicht gedeckte Theil der Pfandforderung dagegen mit einem gleich guten Solidarpfandrechte in der Person des ersten Pfandgläubigers zurückgeblieben, mithin auch nachdem der auf den zweiten Pfandgläubiger übergegangene Antheil der persönlichen Forderung des ersten Pfandgläubigers gegen die im Eigenthume der Pfandsache erhaltene satisfactio darangegeben ist, doch weil das dazu gehörige Solidarpfandrecht fortbesteht, zwischen dem ersten und zweiten Pfandgläubiger eine Gemeinschaft des ersten Pfandrechts eingetreten, die nur durch das *utile iudicium communi dividundo* zu heben ist³⁵⁾. Der Pfandkäufer ist also vor Klagen des unvollständig abgefundenen ersten Pfandgläubigers wenig mehr geschützt, als vor Klagen des gar nicht abgefundenen ersten Pfandgläubigers³⁶⁾, weshalb Paulus ganz richtig sagt: *eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit*.

Auf die zweifellose Wahrheit, daß bessere Pfandgläubiger, welche gar nicht abgefunden sind, ohne Weiteres die Pfandklage gegen den Pfandkäufer richten können, bezieht sich denn auch Justinian's Bestimmung, wonach die schlechteren Pfandgläubiger, welche vom Beneficialserben durch Hingabe der verpfändeten Sachen an Zahlungsstatt befriedigt worden sind, der Pfandklage der besseren Pfandgläubiger unterliegen sollen, *nisi voluerint debitum eis offerre*³⁷⁾.

Endlich ist noch aufmerksam zu machen auf Papinian's Aeußerung, daß es keinen Unterschied bilde, ob der Schuldner das Pfand verkaufe oder abermals verpfände. Verkauf ist hier, wie so oft, im Sinne der Eigenthumsveräußerung genommen. Der Grund für die Gleichstellung des Verkaufs und der Verpfändung liegt also darin,

³⁴⁾ l. 44 pr. D. de solut. (46. 3), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31) . . rebus distractis et compensato pretio. — l. 4 D. qui potior. (20. 4), werin mit den Basil. XXV, 5 c. 4 (Heimb. III, p. 79) zu lesen ist: *rem aliam priori creditori vendiderit*. — — ³⁵⁾ C. C. 269 ff. — — ³⁶⁾ l. 4 C. de evict. (8. 45). — — ³⁷⁾ l. 22 §. 6 C. de jure delib. (6. 30), cf. Basil. XXXV, 14 c. 89 u. Schol. (Heimb. V, p. 918).

daß beide Geschäfte dem dritten Erwerber dingliche Rechte an der verpfändeten Sache verschaffen, mit anderen Worten, daß das durch den Verkauf begründete Eigenthum, wie das durch die Verpfändung begründete Pfandrecht den Inhaber gleichmäßig auf der einen Seite berechnen, durch fingirte Cession in die Rechte des ausgekauften Pfandgläubigers zu succediren, auf der anderen Seite verpflichten, die durch Succession erworbenen Rechte des ausgekauften Pfandgläubigers dem seinerseits zum Auskauf bereiten schlechteren Pfandgläubiger durch wirkliche oder fingirte Cession wieder abzutreten; ferner daß der neue Eigenthümer das Kaufgeld wie der neue Pfandgläubiger das darzuleihende Capital zum Auskauf eines Pfandgläubigers benutzen und bei der zum Zweck des Auskaufs dem Pfandgläubiger zu leistenden Zahlung wie von jedem Dritten, so auch vom Schuldner vertreten werden darf; Andeutungen aller derjenigen Rechtsätze, deren Richtigkeit bei der nahe bevorstehenden Erörterung der zum Schutze gefährdeten Pfandrechts unternommenen Abfindung gefährdender Pfandrechte gründlicher dargethan werden wird.

Fortsetzung.

§. 30. Nach Untersuchung der ersten Alternative, wenn der nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besitzenden Eigenthümer klagt, kommen wir jetzt

2. zur zweiten Alternative, wenn der nicht besitzende Eigenthümer gegen den besitzenden Pfandgläubiger die *reivindicatio* anstellt.

In diesem Falle kann der klagende Eigenthümer der Einrede des Pfandrechts mit der *replicatio doli* begegnen, indem er Zahlung anbietet und Cession verlangt; denn der Pfandgläubiger ist genöthigt, das Zahlungsanerbieten anzunehmen und Cession zu ertheilen, wenn er nicht seines Pfandrechts verlustig und mit Beschränkung auf sein persönliches Klagerecht zur Herausgabe der Pfandsache verurtheilt werden will. Der klagende Eigenthümer bedarf aber noch nicht einmal der *replicatio doli* und der dadurch erzwingbaren wirklichen Cession, sondern darf nur die Abfindung wirklich zahlen oder bei verweigerter Annahme deponiren ¹⁾, um die Klagerechte des klagenden Pfandgläubigers ohne Weiteres, wie wenn wirklich cedirt wäre, als *utiles actiones* zu erwerben und die Herausgabe der nunmehr statt des Gegners ihm selbst verpfändeten Sache zu erzwingen. Er hat ja das Eigenthum der

¹⁾ arg. l. 1 C. qui potior. (8. 18). C. §. 33.

verpändeten Sache, welches ihn als Besitzer zum justus possessor machen würde, auch als Nichtbesitzer für sich, muß also auch ohne die Zufälligkeit des rechtlich gleichgültigen Besitzes die von dem jus abhängigen Ansprüche auf fingirte, wie auf wirkliche Cession zur Geltung bringen dürfen.

Folgendes Bruchstück liefert die Bestätigung:

Tryphoninus lib. 4 Disputat. 2).

Si plurium servus fuerat et omnium nomine ei, qui redemit, restitutum pretium erit: in communionem redibit: si unius tantum, vel quorundam nec omnium: ad eum eosve, qui solverunt, pertinebit, ita ut in portione sua pristinum jus obtineant et in parte caeterorum ei, qui redemit, succedant.

Nach altübergebrachter, den Römern ebenso natürlich, als das postliminium, erschienener²⁾ Sitte erhielt derjenige, welcher einen freien Römer aus feindlicher Gefangenschaft loskaufte, ein mit einer gewissen potestas verbundenes⁴⁾ Quasipfandrecht an dem Losgekauften⁵⁾, bis er wegen des propter pignus naturaliter geschuldeten⁶⁾ Lösegelds bezahlt⁷⁾ oder sonst befriedigt⁸⁾, oder wenigstens durch vergebliches Zahlungsangebot in Annahmeverzug versetzt worden war⁹⁾. Ein gleiches Pfandrecht erhielt auch derjenige, welcher einen römischen Sklaven aus feindlicher Gefangenschaft erlöste, bis ihm vom römischen Eigenthümer das klaglos geschuldete¹⁰⁾ Lösegeld erstattet wurde¹¹⁾.

Das Pfandrecht am losgekauften Sklaven gewährte indeß dem Loskäufer nur Schutz gegen den römischen Eigenthümer, und wegen seines auf versio in rem beruhenden Vorzugs¹²⁾ gegen frühere Pfandgläubiger, versprach aber sonst keine Vortheile, da es den Los-

²⁾ l. 12 §. 13 D. de captiv. (49. 15). — ³⁾ l. 2 C. de postlim. (8. 51) . . veluti naturalis pignoris vinculum. — ⁴⁾ l. 20 §. 1 D. qui test. fac. poss. (28. 1), l. 8 fin. D. de re milit. (49. 16). — ⁵⁾ l. 2 C. de postlim. (8. 51) . . veluti naturalis pignoris vinculum. — cf. l. 15, l. 19 §. 9, l. 21 pr. D. de captiv. (49. 15), l. 8, l. 11, l. 13 C. de postlim. (8. 51), l. 43 §. 3 D. de legat. I (30). — ⁶⁾ l. 15 D. de captiv. (49. 15) . . obligatio debiti . . l. 19 §. 9 D. eod. in Verbindung mit l. 59 pr. D. ad Scit. Trebell. (36. 1), l. 20 C. de postlim. (8. 51). — ⁷⁾ l. 2, l. 5, l. 17 C. de postlim. (8. 51), l. 20 §. 1 D. qui test. fac. poss. (28. 1). — ⁸⁾ l. 21 pr. D. de captiv. (49. 15), l. 71 pr. D. de acquir. her. (29. 2), l. 43 §. 3 D. de legat. I (30), l. 2, l. 11, l. 13, l. 17 C. de postlim. (8. 51) . . vel remittatur qualicumque iudicio. — l. 3 §. 3 D. de lib. hom. exhib. (43. 29). — ⁹⁾ l. 3 §. 3 D. de lib. hom. exhib. (43. 29), l. 6 C. de postlim. (8. 51). — ¹⁰⁾ l. 12 §. 9 D. de captiv. (49. 15) . . si nec conveniendi ejus sit facultas. — ¹¹⁾ l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). — §. 35. — ¹²⁾ l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15).

käufer verpflichtete, allen durch den Sklaven gemachten Erwerb zu Gunsten des Eigenthümers und der anderen Pfandgläubiger auf seine Pfandforderung abzurechnen¹³⁾. Die Politik erheischte, dem Loskäufer größeren Gewinn in Aussicht zu stellen, um dadurch die Antriebe zum Loskauf fremder Sklaven zu verstärken. Eine gewisse Constitution verbesserte daher die Lage des Loskäufers ohne sonstige Aenderung derselben¹⁴⁾ insofern, als sie dem Pfandrechte am losgekauften Sklaven eine Art anomalen Eigenthums beimischte, welches dem Loskäufer ein Anrecht auf den vom Sklaven während der Gefangenschaft auf irgend welche Weise und nach der Gefangenschaft wenigstens aus dem Vermögen des Loskäufers oder aus eigener Arbeit gemachten Erwerb verschaffte¹⁵⁾.

Dadurch war indeß weder das alte regelmäßige Eigenthum des früheren Herrn, noch das auf dieses regelmäßige Eigenthum gestützte Pfandrecht des Loskäufers oder älterer Pfandgläubiger aufgehoben, sondern dem früheren Herrn nach wie vor die Befugniß aufbehalten, durch Angebot und Erstattung des Lösegelds zu bewirken, ut postliminio rediisse aut receptus esse servus credatur¹⁶⁾.

Erwägt man nun, daß die aus dem Pfandrechte des Loskäufers abgeleitete actio hypothecaria nach Paulus' ausdrücklichem Zeugniß cedirt werden konnte¹⁷⁾, und das für mehrere Eigenthumsobjecte unter Eins gezahlte Lösegeld auf allen Objecten solidarisch haftete¹⁸⁾, so wird man nicht länger über das Verständniß obiger Stelle im Zweifel sein.

Tryphoninus, welcher mit Papinian und Messius im Rathe der Kaiser Severus und Antoninus saß¹⁹⁾, entscheidet den Fall, wenn der von einem Dritten losgekaufte Sklav mehreren Herren gehört hat, dahin: Wird das Lösegeld dem Loskäufer im Namen aller früheren Miteigenthümer erstattet, so kehrt der Sklav in das frühere Miteigenthum zurück; wird dagegen das Lösegeld nicht im Namen aller, sondern nur im Namen eines oder einiger Miteigenthümer bezahlt, so gelangt der Sklav an denjenigen oder diejenigen,

¹³⁾ l. 2 C. de partu pign. (8. 25), l. 2 C. de pignor. act. (4. 24). — ¹⁴⁾ l. 12 §. 8 D. de captiv. (49. 15). . . constitutio non deteriore causam redimentium, sed si quo meliorem fecit. — ¹⁵⁾ l. 12 §. 7. 8. 11 D. de captiv. (49. 15). — ¹⁶⁾ l. 12 §. 7 D. de captiv. (49. 15), cf. l. 12 §. 17. 18 D. eod. — ¹⁷⁾ l. 19 §. 9 D. de captiv. (49. 15). Paul. . . Si is, qui emat ab hostibus, pluris alii jus pignoris, quod in redempto habet, cesserit: non eam quantitatem, sed priorem redemptus reddere debet: et emtor habet actionem adversus eum, qui vendidit, ex emto. — ¹⁸⁾ l. 12 §. 18 D. de captiv. (49. 15). — ¹⁹⁾ l. 50 D. de jure fisci (49. 14).

welche bezahlen, in der Weise, daß sie zu ihrem Anthelle ihr altes Recht wieder einnehmen, zu dem Anthelle der Uebrigen aber dem Loskäufer succediren.

Unter dieser Succession ist nicht bloß eine Nachfolge in das Pfandrechth, sondern auch eine Nachfolge in das dem Pfandrechte untrennbar vereinigte anomale Eigenthum verstanden, welches zugleich mit dem Pfandrechte durch die Zahlung des alten Eigenthümers dem Loskäufer entzogen wird²⁰⁾. Die Succession in das Pfandrechth, welches hinsichtlich der unter die Miteigenthümer nach Maßgabe ihres Miteigenthums ipso jure getheilten Naturalschuld alle unter Eins losgekauft Eigenthumsantheile solidarisch ergreift, so daß kein einzelner Eigenthumsantheil ohne Zahlung der ganzen Loskaufsumme dem Pfandrechte befreiet werden kann²¹⁾, ist aber wieder nur als eine durch fingirte Cession bewirkte Uebertragung von *utiles actiones suo nomine* zu denken; und zwar als eine Uebertragung, welche von demjenigen Miteigenthümer, der seinen Eigenthumsantheil durch Zahlung der ganzen Loskaufsumme vom Pfandrechte des Loskäufers befreien will, auf den Grund seines Eigenthums und zur Befestigung desselben gegen fremde Pfandansprüche durch Anstellung der *reivindicatio* gegen den besitzenden Loskäufer erzwungen werden kann.

Tryphonin's Entscheidung beweist also, daß der Anspruch auf wirkliche oder fingirte Cession des Pfandrechts nicht vom Besitze abhängt, sondern auf demjenigen Rechte beruhet, welches den zufällig verbundenen Besitz zur *justa possessio* macht, und ebendaher auch dem nichtbesitzenden Inhaber des betreffenden dinglichen Rechts nicht versagt werden kann.

Die hier bei Eigenthum an Sachen nachgewiesenen Grundsätze müssen auch bei Eigenthum an Forderungen zur Anwendung kommen, nachdem Forderungen als geeignete Gegenstände des Pfandrechts anerkannt worden sind. Der Eigenthümer einer verpfändeten Forderung, welcher nicht zugleich persönlicher Schuldner des Pfandgläubigers ist, muß daher im Stande sein, mittelst Abfindung des Pfandgläubigers dessen Pfandklage und Schuldklage durch fingirte Cession als *utiles actiones* zu erwerben und diesen Erwerb selbst gegen den Willen des Pfandgläubigers durch Deposition der Abfindung zu erzwingen²²⁾.

²⁰⁾ l. 12 §. 7 D. de captiv. (49. 15). — ²¹⁾ l. 19 D. de pign. (20. 1), l. 65 D. de evict. (21. 2), l. 1 C. de lit. pign. (8. 31), l. 8 §. 4 D. de pignor. act. (13. 7). — ²²⁾ §. 33.

B. Hypothekarische Succession zu Schutz und Stärkung von Pfandrecht¹⁾.

§. 31. **Einleitung.** In Betreff gefährdeten Pfandrechts ist vor allen Dingen festzuhalten, daß die hypothekarische Klage ohne Rücksicht auf Priorität jedem Pfandgläubiger zusteht und zur Herausgabe der verpfändeten Sache jeden Besitzer nöthigt, welcher gar kein oder kein besseres oder gleich gutes Pfandrecht an der Sache zu behaupten vermag²⁾, daß sie namentlich auch gegen den besseren oder gleich guten Pfandgläubiger an sich begründet ist und in ihrer Wirksamkeit nur durch die Einrede gehemmt wird: *si non mihi ante pignoris hypothecae nomine res sit obligata*³⁾ oder: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*⁴⁾; eine Einrede, die als umgekehrte *actio hypothecaria* mit dieser von gleichen Voraussetzungen abhängt und ihre Kraft verliert, *si debitum solutum eove nomine satisfactum est*, aut *si per creditorem stat, quominus solvatur satisve fiat*⁵⁾.

Hiernach kann das eine Pfandrecht durch das andere angegriffen werden, indem entweder der nichtbesitzende bessere Pfandgläubiger gegen den besitzenden schlechteren, oder der nicht besitzende schlechtere gegen den besitzenden besseren, oder der nicht besitzende gute gegen den besitzenden gleich guten klagt.

a. Klagt der nicht besitzende bessere Pfandgläubiger gegen den besitzenden schlechteren, so kann sich der letztere in doppelter Weise vertheidigen; er kann entweder einfach Zahlung anbieten, oder er kann mit Beziehung auf sein Pfandrecht Zahlung anbieten und mittelst der *exceptio doli* Gession verlangen. Das Recht zur ersten Vertheidigungsweise, welche im Fall der Annahme des Zahlungsangebots Aufhebung der Pfandklage und der etwa damit

¹⁾ Die ältere Literatur bei Haubold, *de jure offer.* in dessen *opusc. acad.* I, p. 573 sqq. — Von den späteren Schriftstellern sind zu nennen: Glück *Vb.* 19 *S.* 352 ff. — Zimmern *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* *Vb.* 1 *S.* 50 ff. — Müller im *Arch. f. civ. Pr.* *Vb.* 11 *S.* 385 ff. — Civil. Abhandl. *S.* 54 ff. — Linde *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* *Vb.* 5 *S.* 290 ff., *Vb.* 6 *S.* 215 ff. — Fritsch *Erläuterungen* *S.* 526 ff. — Gesterding *Pfandr.* *S.* 299 ff. — Sintonis *Pfandr.* *S.* 409 ff. — Bachofen *Pfandr.* *Vb.* 1 *S.* 497 ff. — Dernburg im *Arch. für civ. Pr.* *Vb.* 41 *S.* 1 ff. — — ²⁾ l. 12 pr. §. 7 D. *qui potior.* (20. 4), l. 10 D. *de pign. et hyp.* (20. 1). — — ³⁾ l. 12 pr. D. *qui potior.* (20. 4), l. 19 D. *de exc. rei jud.* (44. 2). — — ⁴⁾ l. 10 D. *de pign. et hyp.* (20. 1). — — ⁵⁾ l. 10 C. *de pignor. act.* (4. 24).

verbundenen persönlichen Hauptfllage, im Fall der Ablehnung dagegen Aufhebung der Pfandfllage mit Aufrechthaltung der persönlichen Hauptfllage bewirkt, ist unbezweifelt⁶⁾. Das Recht zur zweiten Vertheilungsweise folgt daraus, daß der Beklagte vermöge seines Pfandrechts *justus possessor* ist⁷⁾ und jeder *justus possessor* vom klagenden Pfandgläubiger gegen Zahlungsangebot Cession erzwingen darf⁸⁾, der Zwang aber gerade durch die *exceptio doli* sich vollzieht, indem die Zahlung zurückbehalten wird, und der Kläger, um nicht mit der Pfandfllage abgewiesen und durch die *exceptio rei judicatae* für alle Zukunft auf die persönliche Schuldfllage beschränkt zu werden⁹⁾, genöthigt ist, Zahlung anzunehmen und Cession zu ertheilen.

Zeugniß für das Gesagte giebt:

Gajus lib. singul. de formula hypothecaria¹⁰⁾.

Si paratus est posterior creditor, priori creditori solvere, quod ei debetur: videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere? Et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

Gajus spricht von zwei an derselben Sache haftenden Pfandansprüchen, welche beide in Gestalt sowohl der *actio* als der *exceptio* gegen einander geltend zu machen sind, je nachdem mit dem einen oder mit dem anderen gerade der Besitz der verpfändeten Sache verbunden ist. In beiden Fällen ist das gegenseitige Verhältniß der beiden Pfandrechte dasselbe, woraus sich der der Sachlage jedes bestimmten Einzelprocesses widersprechende Ausdruck erklärt, welcher beiden Pfandgläubigern eine *actio* gegen einander zuschreibt. Oder sollte nicht bei dem einen oder dem anderen Pfandgläubiger hier die *actio*, wie anderwärts die *intentio*¹¹⁾ statt der *exceptio* bloß deshalb erwähnt sein, weil es auf den Inhalt der Formel ankommt, welche beiden Rechtsmitteln gleichmäßig angehört, jedoch für die *actio* im Edicte zunächst festgestellt ist¹²⁾: — Sei dem indeß, wie ihm wolle, jedenfalls hat der schlechtere Pfandgläubiger, welcher vergeblich, sei es einfach ohne Bezugnahme auf sein Pfandrecht, sei es mit dem Ver-

⁶⁾ C. C. 281 f. not. 4 u. 6. — — ⁷⁾ l. 13 §. 1 D. de Publ. act. (6. 2), l. 22 §. 1 D. de noxal. act. (9. 4), l. 7 §. 8 D. com. div. (10. 3). — — ⁸⁾ l. 19 fin. D. qui potior. (20. 4). C. C. 282 f. not. 9 u. 12. — — ⁹⁾ l. 19, l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2). — — ¹⁰⁾ l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4). — cf. Bachofen Pfandr. I. 1 C. 501 ff. — — ¹¹⁾ l. 1 C. si pign. conv. (8. 33), l. 1 C. de non num. pec. (4. 30), worin ebenfalls zu lesen ist: *intentio dati pignoris nec redditae pecuniae*. — — ¹²⁾ l. 6 C. si aliena res (8. 16).

langen der Cession unter Bezugnahme auf sein Pfandrecht, bereit gewesen ist, dem besseren Pfandgläubiger Zahlung zu leisten, das bessere Pfandrecht entkräftet (*inutilem esse actionem sc. hypothecariam*)¹³⁾, und damit sein eignes schlechteres Pfandrecht von dem ihm entgegenstehenden Hindernisse des fremden besseren Pfandrechts befreist, daß er dasselbe fortan nach allen Richtungen mit gleichem Erfolge sowohl in Form der Klage, wie in Form der Cinrede durchzusetzen vermag.

Um nicht umsonst sein Pfandrecht zu verlieren und auf die persönliche Hauptklage beschränkt zu werden, ist daher der bessere Pfandgläubiger genöthigt, dem schlechteren Pfandgläubiger, welcher unter Bezugnahme auf sein Pfandrecht Zahlung anbietet und Cession verlangt, entweder gegen Empfang der Zahlung die Pfandklage und die persönliche Hauptklage abzutreten, oder unter Bezugnahme auf sein besseres Pfandrecht seinerseits mit dem Verlangen der Cession Zahlung anzubieten; denn der durchgreifende Grundsatz¹⁴⁾:

Cum de pignore utraque pars contendit, praevallet jure, qui praevenit tempore.

gewährt auch dem auf das bessere Pfandrecht gestützten Cessionsverlangen und Zahlungsanerbieten den Vorrang vor dem nämlichen Verlangen und Anerbieten des schlechteren Pfandgläubigers, da nun nicht mehr der Kläger, sondern umgekehrt der Beklagte, welcher ungeachtet seines schlechteren Pfandrechts die angebotene Befriedigung anzunehmen verschmähete, dem Vorwurfe des *dolus* unterliegt. Die Reihe ist also nun an dem Beklagten, entweder gegen Empfang der Zahlung Cession seiner Pfandklage und der damit verbundenen persönlichen Klage zu ertheilen, auch den Besitz der verpfändeten Sache herauszugeben, oder unter Verlust seines Pfandrechts und Pfandbesitzes mit der bloßen Beibehaltung der persönlichen Klage sich zu begnügen¹⁵⁾.

b. Denselben hier der Cinrede und der Replik zugeschriebenen Erfolg hat die Klage und die Cinrede mit Hülfe einer Replik und Duplik, wenn der schlechtere nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besseren besitzenden Pfandgläubiger klagt; denn wenn der Kläger zur Elidierung der Cinrede besseren Pfandrechts auf Grund eines an die Bedingung der Cession geknüpften Zahlungsanerbietens die *replicatio doli* vorschützt, so läßt diese Replik dem Beklagten nur die Wahl, entweder gegen Annahme der Zahlung Cession zu ertheilen und den Pfandbesitz herauszugeben, oder gegen Ablehnung

¹³⁾ l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — Qui paratus est solvere, merito videtur pignus liberasse. — — ¹⁴⁾ l. 2 fin. C. qui potior. (8. 18). — — ¹⁵⁾ l. 19, l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2).

der Zahlung, sei es mit bloßer Beibehaltung der persönlichen Schuldklage sein Pfandrecht zu verlieren und den Pfandbesitz herauszugeben¹⁶⁾, sei es mit Beziehung auf sein besseres Pfandrecht seinerseits duplicando unter der Bedingung der Cessio Zahlung anzubieten und dadurch den Kläger zu nöthigen, entweder die Zahlung anzunehmen und seine Klagen zu cediren, oder die Zahlung abzulehnen und mit bloßer Beibehaltung der persönlichen Schuldklage sein Pfandrecht einzubüßen.

c. Klagt endlich der nicht besitzende Pfandgläubiger gegen den besitzenden gleich guten, indem er der Einrede gleich guten Pfandrechts auf Grund eines an die Bedingung der Cessio geknüpften Zahlungsanerbietens mit der replicatio doli begegnet, so hat auch hier der Beklagte, um nicht mit Verlust seines Pfandrechts und mit bloßer Beibehaltung der persönlichen Schuldklage den Pfandbesitz herausgeben zu müssen, entweder gegen Annahme der Zahlung Cessio zu ertheilen und die Pfandsache herauszugeben, oder duplicando mit Beziehung auf sein gleich gutes Pfandrecht unter der Bedingung der Cessio selbst Zahlung anzubieten. Allein dieses Zahlungsanerbieten hat nur den Erfolg, die Ablehnung des jenseitigen Zahlungsanerbietens gegen den Vorwurf des dolus zu rechtfertigen¹⁷⁾, nicht auch den weiteren Erfolg, den auf ein gleich gutes Pfandrecht gestützten Kläger zur Annahme zu zwingen. Es stehen sich vielmehr zwei gleich gute Zahlungsanerbieten und Cessionsverlangen gegenüber, von denen keins dem anderen zu weichen braucht. Der Conflict findet erst dadurch seine Lösung, daß der eine oder andere Theil wider den Gegner mit der utilis actio communi dividundo gerichtliche Auseinandersetzung beantragt¹⁸⁾ und eine adjudicatio erwirkt, welche gleichfalls mittelst wirklicher oder fingirter Cessio das jus nominis des Adjudicaten auf den Adjudicatar übergehen läßt¹⁹⁾.

Die nach vorstehenden Ausführungen dem Pfandgläubiger in seinem Pfandrechte zustehende Macht, den an derselben Sache berechtigten Pfandgläubiger auf Grund eines Zahlungsangebots durch exceptio, beziehungsweise replicatio doli zur Abtretung seiner Klagerechte zu nöthigen, findet ihre Bestätigung in folgendem Rescripte:

Imp. Gordianus A. Celso²⁰⁾.

Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo, quod ei debitam quantitatem offerens jus obligationis in

¹⁶⁾ l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4). §. 301 not. 10. — — ¹⁷⁾ l. 128 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 10 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. l. 72 pr. D. de solut. (46. 3) . . sine justa causa. — — ¹⁸⁾ l. 7 §. 6. 8. 12 D. com. div. (10. 3). §. 269. — — ¹⁹⁾ §. 266 ff. — — ²⁰⁾ l. 5 C. de solut. (8. 43).

te transferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio.

Celsus bietet einem creditor alienus seines Schuldners Zahlung an und verlangt, ohne einen vorhergegangenen Forderungskauf behaupten zu können²¹⁾, daß ihm der andere Gläubiger seine Forderung abtrete. Gordian rescribirt aber: Obgleich die Obligation eines Schuldners durch die im Namen des Schuldners von einem Andern geleistete Zahlung zu erlöschen pflege, mithin der Gläubiger kein Interesse habe, gegen Empfang der Zahlung dem für den Schuldner zahlenden Dritten die begehrte Cession zu verweigern, so habe doch ein Mitgläubiger, welcher sich auf keinen Kauf zu stützen vermöge, deshalb, weil er gegen Angebot der Zahlung Cession verlange, noch keine Klage gegen den creditor alienus, um ihn zur Abtretung zu nöthigen²²⁾.

Erwägen wir, daß creditor alienus ein solcher Gläubiger sein muß, welcher mit dem anbietenden Gläubiger nicht durch ein an derselben Sache zusammentreffendes Pfandrecht verbunden ist, so folgt durch das argumentum a contrario, daß Celsus, wenn er als Gläubiger mit dem anderen Gläubiger durch ein an derselben Sache zusammentreffendes Pfandrecht verbunden wäre, allerdings in der hypothekarischen Klage einen ausreichenden Grund und mit Hilfe der exceptio, beziehungsweise replicatio doli ein ausreichendes Mittel haben würde, um den anderen Gläubiger durch Angebot der Zahlung zur Uebertragung des jus obligationis, oder wie die Basiliken sich ausdrücken²³⁾, zum Verkauf und zur Cession der Klagen gegen den Schuldner zu zwingen. Entschieden setzt also Gordian dieselbe Wahrheit voraus, deren Beweis das Ziel unserer Erörterung gewesen ist.

Zum Schluß ist zu bemerken, daß allen vorerwähnten Operationen auch dann nichts im Wege steht, wenn die pfandrechtlich gesicherte Forderung zu Gunsten des Schuldners durch eine gewisse Zahlungszeit betagt, diese Zeit aber noch nicht herangekommen ist, da rechtsgültig schon vorher sowohl einerseits von der Pfandklage und folglich

²¹⁾ l. 5 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ²²⁾ l. 11 C. de contrah. emt. (4. 38) . . Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium justam causam non continet. — — ²³⁾ Basil. XXVI, 5 c. 113 (Heimb. III, p. 130) . . οὐ μὴν ἀναγκάζει τὸν δανειστήν ἐκχωρῆσαι αὐτῷ τὴν κατὰ τοῦ χρεώστου ἀγωγὴν — nec vero debitorem compellit, ut actionem adversus debitorem competentem sibi cedat.

auch von der Pfandeiurede Gebrauch gemacht²⁴), als andererseits Zahlung angeboten werden kann²⁵).

Anders verhält es sich bei Pfandrechten für bedingte Forderungen; denn in diesem Falle fehlt der Forderung die Zahlbarkeit²⁶), weshalb der Gläubiger vor Eintritt der Bedingung sein Pfandrecht weder Klage- noch Einredeweise geltend machen²⁷), sondern höchstens mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Eintritts der alsdann rückwärts wirkenden Bedingung²⁸), wie gegen den Verpfänder²⁹), so auch gegen den eventuell schlechteren Pfandgläubiger³⁰) durch eine exceptio doli im Besitz der Pfandsache sich behaupten darf.

Jus offerendi et succedendi.

Die unverkennbare Billigkeit der zur Befestigung des einen Pfand- §. 32.
rechts gegen Angebot der Zahlung erzwingbaren Cession des anderen Pfandrechts mit der etwa dazu gehörigen persönlichen Forderung führte schon im Anfange des zweiten Jahrhunderts den L. Aristo¹) zu dem weiter reichenden Satze, daß mit der von dem einen Pfandgläubiger wirklich geleisteten Zahlung²) die Cession der anderen Pfandforderung, auch wenn sie nicht wirklich geschehen, doch als geschehen anzunehmen und auf Grund

²⁴) l. 14 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), Basil. XXV, 2 c. 14 (Heimb. III, p. 69). — Nicht entgegen ist die nach l. 4 D. de distr. pign. (20. 5) auf das Verkaufsrecht zu beziehende l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6) und die l. 10 C. de pign. et hyp. (8. 14). Vergl. Stölzel im Arch. f. civ. Pr. Bd. 45 S. 376 ff. — ²⁵) l. 17 D. de reg. jur. (50. 17), l. 41 §. 1 D. de V. O. (45. 1), cf. l. 10, l. 17, l. 18, l. 56 D. de condict. ind. (12. 6). — ²⁶) l. 16 pr., l. 18, l. 56 D. de condict. ind. (12. 6). — ²⁷) l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1). — ²⁸) l. 9 §. 1, 2, l. 11 §. 1 D. qui potior. (20. 4). — ²⁹) l. 7 fin. D. de jure dot. (23. 3). — ³⁰) l. 9 §. 1 D. qui potior. (20. 4), vergl. Hufschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 147 ff.

¹) l. 3 D. quae res pign. (20. 3). S. §. 34. — Titus Aristo, ein Freund des jüngeren Plinius (Plin. ep. I, 22. — VIII, 14) und schon von Gellius erwähnt (Gell. noct. Attic. XI, 18), gedenkt des jus offer. et succed. in einem Schreiben an den Aterius Priscus, welcher mit ihm im Rathe Trajans saß (l. 5 D. si a par. quis man. 37. 12), später auch dem Rathe Hadrians angehörte (Spart. Hadr. c. 18) und bei Trajan in solchem Ansehen stand, daß dieser anfangs die Absicht gehabt haben soll, ihn zu seinem Nachfolger zu wählen (Spart. Hadr. c. 4). — ²) l. 16 D. qui potior. (20. 4) . . cum tertius creditor primum de sua pecunia demisit, in locum ejus substituitur, in ea quantitate, quam superiori exsolvit. — cf. Basil. XXV, 5 c. 14 (Heimb. III, p. 82): *μόνον γὰρ, ὅτε καταβάλλει τῷ πρώτῳ ο τῷ-τος, ὑπεστέχεται τὸν τόπον αὐτοῦ ἐπὶ τῷ δεδομένῳ πῶσῳ*. — Tertius enim tunc solum, cum primo solvit in locum ejus succedit in quantitate exsoluta. — l. 2 C. de jure republ. (11. 29) . . in locum ejus successistis ideo, quia satisfacisse vos debito proponatis.

dieser Annahme dem abfindenden Pfandgläubiger *utiles actiones suo nomine* zu ertheilen seien.

In dem Anspruche auf diese *utiles actiones*, welche später nicht bloß mit der wirklich geleisteten, sondern im Fall unbegründeter Annahmeverweigerung auch schon mit der bloß deponirten Zahlung³⁾ durch fingirte Cession übergangen, besteht das berühmte *jus offerendi et succedendi* der Pfandgläubiger, wie vielleicht niemals verkannt sein würde, wenn immer genügend berücksichtigt werden wäre, daß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Tradition von Besitz und Eigenthum auch hier⁴⁾ bei der Zahlung eine Stellvertretung des abfindenden Pfandgläubigers durch dritte Personen und selbst durch den Pfandschuldner möglich ist.

Obgleich nämlich die Abfindung des gefährdenden Pfandgläubigers eigentlich im Namen des Pfandschuldners geschehen muß⁵⁾, da die vom gefährdeten Pfandgläubiger angebotene Abfindung zunächst die vom Pfandschuldner zu leistende Zahlung vertritt und daher unbedeutlich *solutio* genannt wird⁶⁾; obgleich demgemäß die Abfindung allen denjenigen Beschränkungen unterliegt, welchen die Zahlung des Pfandschuldners unterworfen ist, namentlich weder früher noch später als die Zahlung des Pfandschuldners zugelassen, sondern unter anderem gleich der Zahlung des Pfandschuldners versagt wird, bevor der zu Gunsten des abzufindenden Pfandgläubigers gefetzte Zahlungstag erschienen ist⁷⁾, oder nachdem der vorstehende Gläubiger zu seiner Befriedigung das Pfand verkauft⁸⁾ und sich wie den Verpfänder zur Gewähr dauernden Habens dem Käufer mehr oder weniger streng verpflichtet hat⁹⁾: so muß doch auf der anderen Seite der Umstand, daß die Abfindung gegen wirkliche oder fingirte Cession der gegnerischen Klagerichte geleistet wird, eine Veränderung ihres Wesens in der Richtung zur Folge haben, daß sie weniger als ein fremdes Geschäft des Schuldners, denn als ein eignes Geschäft des abfindenden Gläubigers¹⁰⁾, weniger als

³⁾ l. 1 C. qui potior. (8. 18). — — ⁴⁾ Vergl. C. 289 ff. — — ⁵⁾ l. 17 D. de solut. (46. 3), l. 5 C. eod. (8. 43), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 28 D. mand. (17. 1), l. 82 D. de jure dot. (23. 3). — — ⁶⁾ l. 1, l. 5, l. 8 C. qui potior. (8. 18), l. 6 §. 1, l. 9 §. 3, l. 12 §. 6. 8. 9, l. 16 D. eod. (20. 4), l. 3 §. 1, l. 5 pr. §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 9 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 12 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), l. 2 C. de fidej. (8. 41). — — ⁷⁾ l. 39 D. de solut. (46. 3) . . inopportuno tempore. — — ⁸⁾ a. l. 7 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 2 C. si antiqu. cred. (8. 20), l. 1 fin. C. si pign. pign. dat. (8. 24), l. 8 C. de distr. pign. (8. 28), l. 1 C. si propt. publ. pens. (4. 46), cf. Schol. 3—5 zu Basil. XIV, 1 c. 59 §. 1 (Heimb. II, p. 141). — — §. 34. — — b. l. 3 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20), l. 1 C. si propt. publ. pens. (4. 46). — — ⁹⁾ C. C. 227 f. — — ¹⁰⁾ l. 12 §. 6 D. qui potior. (20. 4). — — §. 35.

eine im Namen des Schuldners behuf Tilgung der Schuld geleistete Erfüllung, denn als ein im eignen Namen des abfindenden Gläubigers behuf Erwerbs der jenseitigen Klagen entrichteter Kaufpreis¹¹⁾ sich darstellt. Folgeweise muß der abfindende Gläubiger bei der in seinem Namen zu leistenden numeratio von anderen Personen und unter diesen selbst vom Schuldner vertreten werden können, so daß ihm auch die mit Beziehung auf sein Pfandrecht vom Schuldner oder von irgend einem Dritten in seinem Auftrage und Namen geleistete numeratio die Klagen des Empfängers durch fingirte Cession als *utiles actiones* verschafft.

Denkt man sich nun, daß ein Capitalist dem Schuldner eines älteren Pfandgläubigers gegen abermalige Verpfändung der Sache Geld leiht mit dem Auftrage, ebensoviel im Namen des Capitalisten mit Beziehung auf dessen Pfandrecht dem älteren Pfandgläubiger zu zahlen, so bewirkt die Ausführung dieses Auftrags gleichzeitig einerseits die Rückübereignung des Geldes vom Mandatar auf den Mandanten¹²⁾ und die weitere Übereignung vom Mandanten auf den alten Pfandgläubiger¹³⁾, andererseits in Folge der letzteren Übereignung den auf fingirter Cession beruhenden Uebergang der Klagen des alten Pfandgläubigers auf den Mandanten, und in Folge der ersteren Übereignung die Befreiung des Mandatars von der ihm gegen den Mandanten obliegenden Darlehensschuld wie von dem zu deren Sicherheit bestellten Pfandrechte¹⁴⁾. Das Endergebuß der ganzen Operation beschränkt sich also auf einen Gläubigerwechsel. Der neue Gläubiger ist mit oder ohne Willen des alten Gläubigers in dessen Pfandklage und persönliche Klage eingerückt¹⁵⁾, und hat dafür die zu dem

¹¹⁾ l. 12 §. 13 D. de captiv. (49. 15). S. S. 297 not. 2 in Verbind. mit S. 60 not. 69. — ¹²⁾ l. 3 §. 12. 13 D. de donat. inter V. et U. (24. 1), l. 180 D. de reg. jur. (50. 17), l. 49, l. 64 D. de solut. (46. 3), l. 2 fin. D. de calumn. (3. 6), l. 5 pr. D. si quid in fraud. patroni (38. 5), l. 15 §. 1 D. de statu lib. (40. 7) [cf. l. 26 §. 12 fin D. de condict. ind. (12. 6)], l. 65 §. 4 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — ¹³⁾ l. 3 §. 12. 13 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 56 D. de solut. (46. 3), l. 8 §. 3 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 21 §. 1 D. de donat. (39. 5), l. 18 §. 1 D. de don. m. c. (39. 6), cf. l. 2 §. 4, l. 9 §. 8, l. 32 D. de reb. cred. (12. 1), l. 26 §. 12 fin. D. de condict. ind. (12. 6). — l. 65 §. 4 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — ¹⁴⁾ l. 180 D. de reg. jur. (50. 17), l. 49, l. 64 D. de solut. (46. 3), l. 2 fin. D. de calumn. (3. 6), l. 15 §. 1 D. de statu lib. (40. 7), l. 31 §. 1 fin. D. de novat. (46. 2), l. 11 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7). — Ueber l. 66 D. de solut. (46. 3) cf. Witte Versicherungsaff. S. 143. —

¹⁵⁾ Beispiele dieser Operation in l. 1 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19) . . hi, quorum pecunia ad creditorem transit; f. §. 34. — l. 2 D. de pignor. act. (13. 7) . . quod tua pecunia pignus sit liberatum; f. §. 34. — l. 12 §. 8. 9 D. qui potior. (20. 4), f. §. 34. — l. 3 §. 1 D. de

Ende begründete eigne persönliche Klage und eigne dingliche Pfandklage daran gegeben.

Ähnlich gestaltet sich das Verhältniß, wenn umgekehrt der Capitalist vom Schuldner den mit abermaliger Verpfändung der Sache verbundenen Auftrag erhält¹⁶⁾, mit seinem Gelde den älteren Pfandgläubiger abzufinden. Denn die Ausführung dieses Auftrags hat ebenfalls die doppelte Folge, daß der Capitalist durch fingirte Cession die Klagen des abgefundenen älteren Pfandgläubigers gewinnt und dafür seine eigne durch das unmittelbar eingeräumte Pfandrecht weniger gesicherte *mandati actio contraria* gegen den Schuldner verliert, weil er in den vom älteren Pfandgläubiger erworbenen *utiles actiones* die Vergütung für seine im Auftrage des Schuldners gemachten Auslagen bereits empfangen hat. Ein einfacher Gläubigerwechsel ist also wiederum das ganze Resultat der Verrichtung¹⁷⁾.

So gewiß aber unter solchen Umständen das zweite Pfandrecht nur als Mittel dient, selbst wider Willen eines älteren Pfandgläubigers dessen Abfindung und den damit verbundenen Uebergang der älteren Pfandforderung auf einen neuen Gläubiger zu bewirken: eben so gewiß ist auch diese Anwendung des *jus offerendi et succedendi* lediglich auf eine Combination der allgemeinen Grundsätze über die Stellvertretung bei der Tradition von Besitz und Eigenthum mit den allgemeinen Grundsätzen über den durch fingirte Cession bewirkten Uebergang der *utiles actiones* vom abgefundenen auf den abfindenden Pfandgläubiger zurückzuführen.

Die allgemeinen Grundsätze über den ersteren Punkt bedürfen keiner weiteren Ausführung, als daß etwa hinzugefügt werden mag, wie auch hier wieder zu Gunsten des neuen Gläubigers das Stellvertretungsverhältniß des Schuldners selbst ohne ausdrückliche Erwähnung desselben bei der vom Schuldner an den alten Gläubiger geschehenen Zahlung einer *benigna interpretatio* gemäß schon dann angenommen werden soll, wenn die Zahlung vom Schuldner sofort nach Empfang des ihm zu dem Zweck vom neuen Gläubiger eingehändigten Geldes geleistet worden ist¹⁸⁾.

Die allgemeinen Grundsätze über den letzteren Punkt sind aber

distr. pign. (20. 5) . . quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit. — C. §. 35. — l. 6 §. 1 D. qui potior. (20. 4), f. §. 35. — l. 7 §. 6 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), f. §. 35. — l. 38 pr. D. de legat. III (32) . . dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris; f. §. 35. — — ¹⁶⁾ l. 5 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1) . . vel mandatum. — — ¹⁷⁾ Beispiele dieser Operation in l. 3 D. quae res pign. (20. 3), f. §. 34. — l. 12 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), f. §. 35. — — ¹⁸⁾ arg. l. 24 §. 3 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5). C. §. 36.

genauer darzulegen. Es handelt sich dabei um den Beweis der vier Sätze, daß das *jus offerendi et succedendi*

1. nicht immer wirkliche Zahlung, sondern im Fall unbegründeter Ablehnung des Zahlungsanerbietens nur Deposition der Zahlung erfordert;

2. sowohl dem schlechteren gegen den besseren, als dem besseren gegen den schlechteren und dem guten gegen den gleich guten Pfandgläubiger zukommt;

3. bei den betreffenden Pfandgläubigern ein an derselben Sache zusammentreffendes Pfandrecht voraussetzt;

4. in dem durch fingirte Cession bewirkten Uebergange abgeleiteter Klagen (*utiles actiones*) vom abgefundenen auf den abfindenden Pfandgläubiger besteht.

Fortsetzung.

1. Der erste Beweis:

§. 33.

daß das *jus offerendi et succedendi* nicht nothwendig wirkliche Zahlung, sondern im Fall unbegründeter Ablehnung des Zahlungsangebots nur Deposition der Schuldsumme erfordert,

ist sehr leicht durch folgendes Rescript zu führen:

Impp. Severus et Antoninus A. A. Secundo¹⁾.

Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, cum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. — P. P. Cal. Febr. Laterano et Rufino Coss. — 198.

Der zweite Pfandgläubiger soll sein Pfandrecht befestigen können, nicht bloß wenn er dem ersten Pfandgläubiger das geschuldete Geld zahlt, sondern auch im Fall willkürlich verweigerter Zahlungsannahme, wenn er das Geld versiegelt deponirt und nicht zu eignen Zwecken verwendet.

Hiernach soll Zahlung oder Deposition der Pfandsumme die gleiche Wirkung äußern, das Pfandrecht des abfindenden durch das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers zu befestigen (*confirmare*)²⁾. Auch die nach vorgängiger Versiegelung geschehene Deposition stellt nämlich dem abzufindenden Pfandgläubiger dauernd die Mittel der Befriedi-

¹⁾ l. 1 C. qui potior. (8. 18), cf. Cujac. recitt. sol. in Cod. h. l. (opp. IX, p. 1209 sq.). — ²⁾ C. C. 280 not. 1.

gung zu Gebote, und zwar unmittelbar, wenn sie beim abfindenden Gläubiger selbst³⁾, mittelbar, wenn sie bei einem Dritten⁴⁾ stattfindet, da die Deposition im letzteren Falle dem abzufindenden Pfandgläubiger durch fingirte Cession des Deponenten eine *utilis actio depositi* gegen den Depositar und eine *utilis in rem actio* gegen jeden Besitzer der deponirten Gegenstände gewährt⁵⁾. Aus diesem Grunde ist es nicht unbillig, daß der Deposition auf der anderen Seite die Wirkung beigelegt ist, die Pfandklage und die persönliche Schuldklage des abzufindenden Gläubigers gleich der Zahlung durch fingirte Cession als *utiles actiones* auf den deponirenden Pfandgläubiger zu übertragen und nur *ope exceptionis* unwirksame *directae actiones* in den Händen des abzufindenden Gläubigers zurückzulassen. Es ist aber auch billig, daß das ganze Verhältniß rückgängig wird, sobald der anbietende Pfandgläubiger die deponirten Summen dem Herrschaftsbesitzer des abzufindenden Gläubigers wieder entzieht, namentlich das deponirte Geld zurücknimmt und verbraucht; denn der anbietende Gläubiger würde ja sonst auf Kosten des abzufindenden Gläubigers Preis und Waare zugleich haben und nutzen, was unter allen Umständen verwerflich erscheint und dadurch vermieden wird, daß sofort die *directae actiones* des abzufindenden Gläubigers wieder eintredfrei werden und umgekehrt den *utiles actiones* des anbietenden Gläubigers eine *exceptio doli* entgegentritt.

Die Deposition gewährt auf diese Weise dem Pfandgläubiger das Mittel, ohne Anstellung der hypothetischen Klage vom anderen Pfandgläubiger die fingirte Cession des Pfandrechts und der dazu gehörigen Forderung zu erzwingen. Die wichtigste Folge dieser Neuerung ist, daß die zwangsweise Ausübung des *jus offerendi et succedendi* nicht bloß zwischen einem besitzenden und einem nichtbesitzenden⁶⁾, sondern auch zwischen zwei nichtbesitzenden Pfandgläubigern, ja selbst zwischen zwei Forderungspfandgläubigern vorkommen kann, indem die unter den betreffenden Pfandgläubigern als Quasicedenten und Quasiceffionar im Verhältniß zum Pfandschuldner über die Activlegitimation etwa ausbrechenden Streitigkeiten ebenso, wie zwischen dem wirklichen Cedenten und dem zur Anstellung der *utilis actio suo nomine* entschlossenen wirklichen Cessionar durch eine *extraordinaria cognitio* des Prätor geschlichtet werden⁷⁾.

³⁾ l. 8 D. de lege commiss. (18. 3), l. 7 D. de usur. (22. 1). — —

⁴⁾ l. 19 C. de usur. (4. 32). — — ⁵⁾ C. §. 45. — — ⁶⁾ cf. Paul. sent. rec. II, 13 §. 8. — l. 1, l. 3 C. si antiqu. cred. (8. 20), l. 10 C. qui potior. (8. 18), l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — — ⁷⁾ l. 55 D. de procur. (3. 3). C. Th. II, Abth. II, Kap. V, Nr. III a. C.

Die römischen Juristen betrachten daher unser Rescript, welches zuerst auch der Deposition die Wirkung fingirter Cession zuschreibt, als den Schlüsselstein der ganzen Lehre vom *jus offerendi et succedendi*⁸⁾, was nicht verkannt werden darf, weil sonst leicht mit neueren Juristen⁹⁾ ungebührndes Gewicht auf die zufällige Lage des dem Kaiser vorgetragenen Falles gesetzt wird, daß gerade der zweite Pfandgläubiger, um dem ersten Pfandgläubiger zu succediren, die Pfandsumme gezahlt oder deponirt haben soll; denn alles Widerstreits ungeachtet bleibt

2. der fernere Satz wahr, daß nicht bloß dem schlechteren gegen den besseren, sondern auch dem besseren gegen den schlechteren und dem guten gegen den gleich guten Pfandgläubiger das Auskaufsrecht zusteht, so daß bei einem Conflict mehrerer auskaufslustiger Pfandgläubiger der bessere dem schlechteren vorgeht, und gleich gute Pfandgläubiger genöthigt sind, den endlichen Austrag auf das *utile judicium communi dividundo* zu verstellen¹⁰⁾.

Den Vorzug des besseren Pfandgläubigers vor dem schlechteren beweisen folgende Stellen:

Paulus lib. 2 Sentent. recept. 11).

Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.

Imp. Alexander A. Septicio¹²⁾.

Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriori loco pignus accepisti, debitum offerre: sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur. P. P. 3 Cal. Maj. Maximo 2 et Paterno Coss. — 234.

Voraussetzend, daß von zwei an demselben Pfandstücke berechtigten Pfandgläubigern der ältere im Besitz des Pfandes sich befindet, sagt Paulus: Der jüngere Pfandgläubiger kann den älteren Pfand-

⁸⁾ l. 1 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19). S. §. 34. — l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). S. §. 35. — — ⁹⁾ cf. Zimmern in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 1 S. 53 f. — Linde ebendas. Bd. 5 S. 290 ff. — Bd. 6 S. 215 ff. — Sintonis Pfandr. S. 409 ff. — Bachofen Pfandr. Th. 1 S. 504 ff. — — ¹⁰⁾ S. S. 303. — Ueber andere willkürliche und unbefriedigende Versuche, den Conflict der zur Ausübung des Ausbietungsrechts gleich geneigten Pfandgläubiger zu lösen, vergl. Glück Bd. 19 S. 358 ff. — Müller Abhandlungen S. 89 ff. — Schweppe röm. Privatr. §. 367, Bd. 2 S. 338. — — ¹¹⁾ Paul. sent. rec. II, 13 §. 8. — — ¹²⁾ l. 5 C. qui potior. (8. 18).

gläubiger durch Angebot seines Geldes abfinden, damit der Pfandbesitz auf ihn übertragen werde. Allein auch der ältere Pfandgläubiger ist nicht behindert, wenn er will, den jüngeren Pfandgläubiger abzufinden, obwohl er selbst hinsichtlich des Pfandrechts den Vorrang genießt und daher — wie Paulus stillschweigend hinzudeutet und das kaiserliche Rescript ausdrücklich beifügt — zur Abfindung des schlechteren Pfandgläubigers nicht gezwungen werden kann. Der bessere Pfandgläubiger darf ja nur, wenn es ihm nicht um Fortsetzung seines Forderungsverhältnisses, sondern einfach um Befriedigung zu thun ist, der Pfandklage des schlechteren Pfandgläubigers die Einrede besseren Pfandrechts entgegenstellen¹³⁾, um umgekehrt den schlechteren Pfandgläubiger, der das Pfand besitzen oder gefahrlos verkaufen will¹⁴⁾, zum Auskauf des besseren Pfandrechts zu nöthigen und den von Marcian gebilligten Ausspruch Papinian's zu bestätigen¹⁵⁾:

Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat.

denn allerdings hat der nachstehende Pfandgläubiger im Verhältniß zum vorstehenden Pfandgläubiger — und nur in dieser Beziehung ist Papinian's Ausspruch gethan — kein anderes Recht, als durch Zahlungsangebot auf Succession zu dringen; ein Recht, welches die byzantinische Scholie zu obigem Rescripte dahin ausdrückt: *ὁ μέντοι γε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφύγει*¹⁶⁾.

Diese einfache und der Natur der Sache vollkommen entsprechende Erklärung des Paulinischen Bruchstücks¹⁷⁾ legt dem Ausdrucke *dimittere*, so oft er gebraucht wird, unverändert dieselbe ihm gewöhnliche Bedeutung bei¹⁸⁾, bezieht die Worte *si voluerit* in natürlicher Construction nicht auf den Accusativ: *secundum creditorem*, sondern auf den das Subject des Satzes bildenden Nominativ: *prior creditor*, und bringt dieselben mit den offenbar — wenn auch in negativer Fassung — gleichbedeutenden Worten des kaiserlichen Rescripts: *prior creditor compelli non potest* in Uebereinstimmung. Man darf um so zuversichtlicher an ihre Richtigkeit glauben, da die Westgothische Erklärung bestätigend schreibt¹⁹⁾:

¹³⁾ l. 12 pr. §. 7 D. qui potior. (20. 4). — — ¹⁴⁾ l. 8 C. qui potior. (8. 18). — — ¹⁵⁾ l. 12 §. 9 D. qui potior. (24. 4), cf. l. 3 C. si antiqu. cred. (8. 20). — — ¹⁶⁾ Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsk. Bb. 15 S. 128 nr. 306. — *Secundus autem primo etiam invito offert.* — — ¹⁷⁾ Müller Civil. Abhandlungen S. 63 ff. — — ¹⁸⁾ cf. l. 9 §. 3, l. 16 D. qui potior. (20. 4), l. 15 §. 5 D. de re jud. (42. 1), l. 10 §. 1, l. 15, l. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 3 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19), l. 1 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 67 §. 2 D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — — ¹⁹⁾ zu Paul. sent. rec. II, 13 §. 8.

Si duo creditores unum pignus debitoris habeant obligatum et posterior creditor priori creditori pecuniam offerat, potest pignus obligatum ad se transferre. Item prior creditor, licet potentior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere.

Ulpian hat das „abfinden“ (dimittere) des Originals mit „ausbieten“ (offerre) vertauscht, aber auch diesen Ausdruck gleichmäßig von der Handlung erst des schlechteren, dann des besseren Pfandgläubigers gebraucht. Wer also nicht bezweifelt, daß das Ausbieten des schlechteren Pfandgläubigers die Nachfolge in das Recht des besseren Pfandgläubigers zum Zwecke und zum Erfolge habe, der wird auch zugeben müssen, daß das Ausbieten des besseren Pfandgläubigers unmöglich einen anderen und geringeren Zweck und Erfolg haben könne. Der letzte Satz hat sodann den Sinn: Auch der bessere Pfandgläubiger, obgleich er an sich bei dem Besitze des Pfandes vorgeht, kann sich doch gegen das Zahlungsangebot des schlechteren Pfandgläubigers nur dadurch, daß er seinerseits Zahlung anbietet, im Besitze behaupten.

Daß Paulus den besseren Gläubiger beim Zahlungsangebote als besagten Pfandbesitzer darstellt, ist eine unwesentliche Zufälligkeit. Sollte der bessere Pfandgläubiger als Nichtbesitzer ein Interesse haben, sein besseres Pfandrecht durch den Hinzuerwerb eines schlechteren Pfandrechts zu verstärken, z. B. weil sein besseres Pfandrecht der vertragsmäßigen Verkaufsermächtigung ermangelt, mit welcher das schlechtere Pfandrecht versehen ist²⁰⁾, oder weil ihm daran liegt, vom besitzenden schlechteren Pfandgläubiger, wenn auch mit dem Opfer des Auskaufs, den Besitz des Pfandes zu erlangen, um dasselbe wegen einer Handschriftschuld des Verpfänders retinieren zu können²¹⁾, so würde er um nichts weniger berechtigt sein, das jus offerendi et succedendi auszuüben, und dabei jeden Widerstand des zum Auskauf gleichfalls bereiten schlechteren Pfandgläubigers durch sein besseres Pfandrecht überwinden.

Diese Ordnung des Ausbietungsrechts bewirkt auch nicht etwa eine unlösliche Verwicklung, wenn beide Pfandgläubiger mehrere Forderungen mit Pfandrechten verschiedener Priorität an derselben Sache haben, z. B. A an erster Stelle eine Forderung von 200 und an dritter Stelle eine Forderung von 100, B dagegen an zweiter Stelle eine Forderung von 200 und an vierter Stelle eine Forderung von 100. Denn A hat durch die Forderung an erster Stelle ein Zwangs-

²⁰⁾ l. 12 §. 10. D. qui potior. (20. 4) in Verbindung mit l. 3 quae res pign. (20. 3). — ²¹⁾ l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27).

recht gegen B auf Leiden des Auskaufs der zweiten und vierten Stelle, und durch die Forderung an dritter Stelle ein Zwangsrecht gegen B auf Leiden des Auskaufs der vierten Stelle und auf Leiden des Auskaufs der zweiten oder Thun des Auskaufs der dritten Stelle. B dagegen hat durch die Forderung an zweiter Stelle ein Zwangsrecht gegen A auf Leiden des Auskaufs der dritten Stelle und auf Leiden des Auskaufs der ersten oder Thun des Auskaufs der zweiten Stelle; und durch die Forderung an vierter Stelle ein Zwangsrecht gegen A auf Leiden des Auskaufs der ersten wie der dritten Stelle oder Thun des Auskaufs der vierten Stelle. Dringt also A gegen B auf Dulden des Auskaufs der zweiten Stelle, so müßte sich B diesen Auskauf wegen des besseren Pfandrechts des A an erster Stelle gefallen lassen, wenn er nicht sofort wegen seines Pfandrechts an vierter Stelle das Dulden des Rückkaufs der zweiten Stelle oder das Thun des Auskaufs der vierten Stelle verlangen, mit anderen Worten, den A nöthigen könnte, entweder den Auskauf der zweiten Stelle zu unterlassen oder neben der zweiten Stelle auch die vierte Stelle anzukaufen.

Dringt umgekehrt B gegen A auf Dulden des Auskaufs der ersten oder Thun des Auskaufs der vierten Stelle, so kann A den Auskauf der ersten Stelle dulden²²⁾ oder den Auskauf der vierten Stelle thun; er kann aber auch sofort vermöge seines Pfandrechts an dritter Stelle das Dulden des Rückkaufs der ersten oder das Thun des Auskaufs der dritten Stelle verlangen, mit anderen Worten, den B nöthigen, entweder den Auskauf der ersten Stelle zu unterlassen oder neben der ersten Stelle auch die dritte Stelle anzukaufen.

Auf diese Weise geschieht es, daß kein Gläubiger vom anderen den Auskauf einer einzelnen Forderung zu dulden braucht, sondern stets verlangen kann, daß alle Forderungen Gegenstand des Auskaufs werden, wobei dann wieder unter zwei zum Auskauf aller gegenseitigen Forderungen gleich bereiten Gläubigern derjenige vorgeht, welcher die beste aller in Betracht kommenden Prioritäten inne hat.

Eine bestimmte Anerkennung dieser Grundsätze findet sich theils in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin, theils in einem Bruchstücke Papinian's. Das Rescript lautet folgendermaßen:

Inpp. Severus et Antoninus A. A. Plotio²³⁾.

Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit; quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque

²²⁾ cf. l. 20 D. qui potior. (20. 4). — — ²³⁾ l. 2 C. de fidej. (8. 41). Unbefriedigend erklärt bei Bachofen Pfandr. Th. 1 §. 537 ff.

causa eadem pignora et hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur. — Dat. 5 Cal. Febr. Apr. 2 et Maximo Coss. — 208.

Ein Gläubiger, welcher für eine Schuldforderung sowohl Bürgen, als Pfänder empfangen hatte, konnte vor nov. 4 cap. 1 wählen, ob er seine Befriedigung bei den Pfändern oder bei den Bürgen suchen wollte²⁴). Die Kaiser bestätigen dieses, verpflichten aber den Gläubiger, dem zunächst von ihm belangten Bürgen sein *jus pignorum* zu übertragen, d. h. nach Wahl des Bürgen demselben entweder die persönliche Forderung gegen den Hauptschuldner und das dazu gehörige Pfandrecht zu cediren²⁵), oder die Pfänder gegen Empfang eines der verbürgten Summe gleichen Preises zu verkaufen²⁶). Der Bürge bekommt dann im ersten Falle durch wirkliche Cession die Pfandklage und die persönliche Schuldklage des Gläubigers gegen den Schuldner, welcher das Eigenthum der Pfänder behält; im zweiten Falle durch fingirte Cession das Pfandrecht und durch Tradition das Eigenthum der Pfänder, wogegen der Hauptschuldner von der persönlichen Schuldklage befreit wird²⁷). In beiden Fällen wird also das Pfandrecht des Gläubigers, sei es durch wirkliche, sei es durch fingirte Cession, auf den Bürgen übertragen. Hasten nun dem Gläubiger dieselben Pfandstücke noch für andere Forderungen, für die der Bürge nicht einzustehen hat, so soll der Gläubiger nicht eher gezwungen werden, dem Bürgen die Pfandrechte, sei es durch wirkliche, sei es durch fingirte Cession, zu übertragen, als bis der Bürge außer der verbürgten Pfandschuld auch die unverbürgten Pfandschulden zu bezahlen bereit ist. Denn der Bürge, welcher auch nach dem Ankauf der vom Pfandgläubiger *jure creditoris* verkauften Pfänder dem Ausbietungsrechte jüngerer Pfandgläubiger unterworfen bleibt²⁸), würde ja als Inhaber des abgetretenen Pfandrechts vom Gläubiger vermöge der bei dem Letzteren zurückgebliebenen besseren oder schlechteren Pfandrechte sofort zur unbedingten Duldung des Rückkaufs, beziehungsweise zur Duldung des Rückkaufs oder zum Thun des Auskaufs der andern Pfandrechte, mit anderen Worten, zur Unterlassung des Ankaufs

²⁴) l. 3, l. 17, l. 21. C. de fidej. (8. 41), l. 51. §. 3 D. eod. (46. 1). — — ²⁵) l. 17, l. 36, l. 39 D. de fidej. (46. 1), l. 11, l. 14, l. 21 C. eod. (8. 41), l. 45 §. 9 D. de jure fisci (49. 14), nov. 4 c. 1. — — ²⁶) C. C. 236 ff. — — ²⁷) C. C. 241. — — ²⁸) l. 2, l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). C. C. 236. C. 241 ff.

des einen Pfandrechts oder zum gleichen Ankaufe aller dem Gläubiger an derselben Sache zustehenden Pfandrechte genöthigt werden können.

Das Bruchstück Papinianus wendet dieselben Grundsätze an auf einen Fall, in welchem die jüngere Pfandforderung des B der älteren Pfandforderung des A zum Theil nachsteht, zum Theil aber wegen versio in rem vorgeht.

Papinianus lib. 11 Responsorum ²⁹⁾.

Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, prius, quam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: Prioris causam esse potiorum apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset: verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiorum fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefendum.

Titius hat von seinem Mandatar ein Grundstück zu fordern, welches dieser im Auftrage des Titius mit eigenem Gelde auf eigenen Namen gekauft und tradirt erhalten hat ³⁰⁾. Titius verpfändet dieses praedium debitum, bevor der Besitz und das Eigenthum ihm tradirt und das ausgelegte Kaufgeld von ihm erstattet ist, an A für 1000. A hat dadurch ein pignus nominis erhalten ³¹⁾, welches sich mit der ursprünglichen Priorität als pignus rei fortsetzt, wenn der Verpfänder an der verpfändeten res debita durch Tradition des Mandatars Besitz und Eigenthum erwirkt ³²⁾, welches bis dahin aber den A auf die Befugniß beschränkt, die hypothetische Klage als actio mandati utilis gegen den Mandatar anzustellen, und gegen Erstattung des ausgelegten Kaufgeldes sich selbst den Pfandbesitz und dem Titius das Eigenthum des praedium debitum zu verschaffen. Verpfändet nun Titius das Grundstück, nachdem er durch die Tradition seines Mandatars zwar Besitz, aber — weil entweder gesetzlich ³³⁾ oder vertragsmäßig ³⁴⁾ der Uebergang des Eigenthums bis

²⁹⁾ 1. 3 §. 1 D. qui potior. (20. 4). — cf. Cujac. opp. IV, p. 1293. — IV, 1282. — IX, 1204. — Sententia Pandr. §. 87. 396. — Huschke in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 205 f. — Meibirt in seiner Zeitschr. I S. 28 f. — Herr, ebendas. S. 34 ff. — v. Bangerow, Zeitschr. I S. 94. — Dernburg, Pandr. I S. 255. — Regelsberger, Altersverzug der Pandr. S. 99. — ³⁰⁾ 1. 8 §. 10 D. mand. (17. 1) . . et si restituas, et tradere debes. — ³¹⁾ S. 124 ff. — ³²⁾ S. 127. — ³³⁾ Nach Analogie der vom Kauf geltenden und als jus gentium et naturale betrachteten Grundsätze. §. 41 J. de rer. div. (2. 1), cf. S. 49 not. 61. — ³⁴⁾ cf. 1. 135 §. 2 D. de V. O. (45. 1).

zur Erstattung der Auslagen vorbehalten ist — noch nicht Eigenthum an demselben erworben hat, dem B für 2000, so geht A dem B vor, soweit nicht B die 2000 dazu verwendet hat, dem Mandatar des Titius den für das Grundstück ausgelegten Kaufpreis zu erstatten, und dadurch dem Titius zum Eigenthumserwerbe und dem A zu der Möglichkeit zu verhelfen, ohne Erstattung der vom Mandatar gemachten Auslagen an das Pfand sich zu halten; denn insoweit hat B durch *versio in rem* ein besseres Pfandrecht erworben³⁵). Gesezt also, B hat von den dem Titius vorgestreckten 2000 die Hälfte zur Erstattung des Kaufpreises verwendet, so geht er mit diesem Theile seiner Forderung nebst Zinsen dem A vor, und hat gleichsam zwei Forderungen von je 1000, die eine mit besserer, die andere mit schlechterer Priorität, als A. Dringt nun A gegen B auf Dulden des Auskaufs des mit besserer Priorität versehenen Forderungstheils zu 1000 oder Thun des Auskaufs der eignen älteren, gleichwohl aber schlechteren Pfandrechtsstelle, so kann B sofort wegen seines mit schlechterer Priorität versehenen Forderungstheils zu 1000 gegen A auf Dulden des Rückkaufs des besseren Theils oder Thun des Auskaufs des schlechteren Theils dringen, mit anderen Worten, den A nöthigen, entweder den Auskauf des besseren Theils zu unterlassen oder auch zum Auskaufe des schlechteren Theils sich zu entschließen. Papinian sagt demgemäß, B werde mit 1000 nebst Zinsen dem A vorgehen, nisi forte prior (A) ei (B) pecuniam offerat, d. h. wenn nicht etwa A dem B den ganzen dem besseren und dem schlechteren Forderungstheile entsprechenden Geldbetrag anbiete.

Der dem Besseren unter mehreren gleich auskauflustigen Pfandgläubigern gebührende Vorzug ist hierdurch zur Genüge erwiesen. Für mehrere gleich gute Pfandgläubiger folgt daraus von selbst, daß bei gleicher Auskauflust nur durch das *utile iudicium communi dividundo* eine Lösung des Conflicts erfolgen kann³⁶). Auch folgt ferner, was das an der Spitze dieser Erörterung abgedruckte Rescript des Kaisers Alexander in seinem zweiten Theile bestätigt, daß selbst

³⁵) l. 21 §. 1 D. qui potior. (20. 4), l. 7 C. eod. (8. 18), nov. 97 c. 3. 4. — nov. 136 c. 3. — l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). — Auch l. 7 pr. D. qui potior. (20. 4). Diese setzt in ihrem letzten Theile voraus, daß Jemand eine *res debita*, welche 2000 werth ist, erst dem A für 1000 verpfändet, dann dem B für 1000 verpfändet, endlich theils mit den von B geliehenen 1000, theils mit eignen 1000 bezahlt hat. Im Fall des auf diese Weise herbeigeführten Eigenthumserwerbs soll wegen größeren Alters A dem B hinsichtlich des mit dem Gelde des Verpfänders, dagegen wegen *versio in rem* B dem A hinsichtlich des mit dem Gelde des B bezahlten Werthantheils am Pfande vorgehen. — — ³⁶) C. S. 303 und C. 266 ff.

unter ungleich berechtigten Pfandgläubigern dem auszukauenden Pfandgläubiger die ihm an Haupt- und Nebenposten³⁷⁾ geschuldete Summe ganz angeboten sein muß, wenn ein Zwang zum Dulden des Auskaufs, beziehungsweise zum Dulden des Auskaufs oder zum Thun des Auskaufs zulässig sein soll. Denn obwohl der Gläubiger in Ermangelung einer entgegenstehenden Uebereinkunft vielleicht Stückzahlung annehmen muß³⁸⁾, und obwohl nach folgender Stelle:

Paulus lib. 3 Quaestionum³⁹⁾.

Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia demisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

an sich auch ein theilweiser Auskauf des einen Pfandgläubigers durch den anderen statthaft ist, weil sonst nicht von einer Beschränkung der Succession des abfindenden Pfandgläubigers auf den dem gezahlten Abfindungsbetrage entsprechenden Pfandforderungstheil des abgefundenen Pfandgläubigers die Rede sein könnte: so ist doch kein Zwang denkbar, weil der theilweise ausgetobene Pfandgläubiger vermöge des durch die Ausgebotssumme nicht gedeckten Theils der Forderung ein gleich gutes Solidarpfandrecht behält, und kraft desselben mit gleichem Erfolge den Rückkauf des anderen Theils verlangen, mithin den anderen Pfandgläubiger nöthigen kann, entweder von dem Auskaufe überhaupt abzustehen, oder zum Auskaufe der ganzen Pfandforderung zu schreiten⁴⁰⁾. Die hervorgehobenen Worte des Paulus sind daher von freiwillig angenommener Stückzahlung zu verstehen, so daß das früher erwähnte Rescript des Kaisers Alexander nichtsdestoweniger Recht hat, die zwangsweise Ausübung des jus offerendi et succedendi vom Angebote der ganzen Pfandsumme abhängig zu machen.

Die für die Ausübung des Ausbietungsrechtes nunmehr festgestellte Ordnung erleidet nur eine einzige, ebenfalls sich von selbst verstehende Ausnahme in dem Falle, wenn im Auftrage des Schuldners ein neuer Pfandgläubiger, oder im Auftrage und Namen eines neuen Pfandgläubigers der Schuldner dem alten Pfandgläubiger Zahlung anbietet, damit gleichzeitig mit dem Auskaufe des alten Pfandgläubigers

³⁷⁾ cf. l. 20 D. qui potior. (20. 4) . . oblata ab eo summa primo ordine credita, usurarumque ejus. — — ³⁸⁾ l. 21 D. de reb. cred. (12. 1), freilich in anscheinendem Widerspruche mit l. 41 §. 1 D. de usur. (22. 1). — — ³⁹⁾ l. 16 D. qui potior. (20. 4). — — ⁴⁰⁾ Handschriftsforderungen, wegen deren der ausgetobene Pfandgläubiger gegen den Schuldner das Retentionsrecht an den Pfändern üben kann, braucht der ausbietende Pfandgläubiger nicht zu bezahlen. — l. un. C. etiam ob chirograph. (5. 27).

die ursprüngliche Pfandforderung des neuen Pfandgläubigers erlösche und dem Erfolge nach nur ein Gläubigerwechsel eintrete; denn unter diesen Voraussetzungen muß der alte Pfandgläubiger, welcher durch das Gegenangebot der Zahlung den Austausch zu vermeiden sucht, an einer replicatio doli scheitern, weil er den vom Schuldner mit der Zahlung verfolgten Zwecken entgegenwirkt, zu diesem Entgegenwirken aber dem Schuldner gegenüber in der noch so vorzüglichen Priorität seines Pfandrechts keinerlei Berechtigung findet. —

Fortsetzung.

Der dritte Beweis,

§. 34.

daß das jus offerendi et succedendi bei den bezüglichen Gläubigern ein an derselben Sache zusammentreffendes Pfandrecht voraussetzt, wird geradezu durch folgende Zeugnisse geliefert:

1. Pomponius lib. 6 ad Sabinum¹⁾.

Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat: quia rem alienam pignori acceperis. ea enim ratione emtorem pignus liberatum habere coepisse: neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

2. Paulus lib. 3 Quaestionum²⁾.

Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emtoris causa melior efficietur.

3. Impp. Severus et Antonin. A. A. Marcellinae³⁾.

Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat. Quod cum in persona tua factum non sit: (judicatum est enim te pignora non accepisse) frustra putas tibi auxilio opus

¹⁾ l. 2 D. de pign. act. (13. 7). — — ²⁾ l. 3 D. quae res pign. (20. 3). — — ³⁾ l. 1 C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. (8. 19.)

esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis. — P. P. Jd. Jul. Pompejano et Avito Coss. — 210.

Pomponius entscheidet: Wenn der Schuldner die dem A verpfändete Sache verkauft und tradirt und dann gegen abermalige Verpfändung der veräußerten Sache von B Geld leihet und dieses Geld dem A zahlt, so soll dadurch keine Nachfolge des B in das Pfandrecht des A bewirkt werden, weil B für seine ursprüngliche Forderung kein Pfandrecht an der bereits veräußerten Sache erworben hat⁴⁾, mithin auch zu keines eignen Pfandrechts Befestigung das dem A bestellte Pfandrecht erwerben kann. Die Zahlung vermag vielmehr hier, wie in anderen derartigen Fällen⁵⁾, nur den Untergang, nicht den Uebergang des A'schen Pfandrechts zu bewirken⁶⁾, obgleich das Pfand des A mit dem Gelde des B (*tua pecunia*), also im Auftrage und Namen des B vom Schuldner eingelöst worden ist, was — falls B an derselben Sache mit A Pfandrecht gehabt hätte — unfehlbar den Uebergang des A'schen Pfandrechts auf B zur Folge gehabt haben würde⁷⁾.

Paulus fordert ebenfalls als unerläßliche Vorbedingung der Nachfolge des späteren Gläubigers in die mit seinem Gelde bezahlte Pfandforderung des alten Gläubigers, daß dem neuen Gläubiger dieselbe dem alten Gläubiger verpfändete Sache abermals verpfändet worden sei. Bloß derjenige, welcher gekauft hat, soll vermöge des erworbenen Eigenthums von selbst in solch einem rechtlichen Verhältnisse zur Sache stehen, daß er durch die Abfindung des Pfandgläubigers mit seinem Gelde kraft fingirter Cession *utiles actiones suo nomine erwirbt*⁸⁾; der Verleiher dagegen in eine ähnliche Lage sich erst durch das Ausbedingen eines Pfandrechts versehen müssen, um von der Abfindung eines anderen Pfandgläubigers den gleichen Erwerb von *utiles actiones* hoffen zu dürfen. Insofern ist der Käufer der verpfändeten Sache besser daran, als derjenige, welcher zur Abfindung eines Pfandgläubigers Geld vorstreckt.

Das Rescript der Kaiser Sever und Antonin vom Jahre 210 endlich spricht gleichermäßen der Marcellina, welche dem Schuldner Geld geliehen, aber behuf der mit ihrem Gelde durch den

⁴⁾ l. 4 § 3 fin. D. de in diem add. (18. 2), l. 2, l. 4, l. 6 C. si aliena res pign. (3. 16). — fr. Vat. §. 266. — l. un. C. si comm. res (8. 21), l. 2 C. comm. div. (3. 37). — — ⁵⁾ l. 3 C. de privil. fisci (7. 73), cf. l. 7 C. eod., l. 11 C. de fidej. (8. 41). — — ⁶⁾ cf. Schel. 1. 2. 3 zu Basil. XXV, l. c. 2 (Heimb. III, p. 52). — — ⁷⁾ C. C. 307 not. 15. — — ⁸⁾ C. C. 291 not. 11, C. C. 295 f.

Schuldner bewirkten Abfindung eines Pfandgläubigers nicht Pfandrecht und nicht einmal Nachfolge sich bedungen hat, die Nachfolge ab, weil derjenige, mit dessen Gelde ein Pfandgläubiger abgefunden wird, nicht unter allen Umständen (*non omnino*)⁹⁾, und auch nicht schon, wenn er die Nachfolge einfach bedungen habe, sondern nur, wenn ihm dieselbe Sache verpfändet worden, dem Abgefundenen succedire, und die zum Beweise des Gegentheils versuchte Berufung auf eine früher von denselben Kaisern über diesen Gegenstand erlassene Constitution nicht zutreffe.

Unter dieser Constitution ist nämlich ohne Zweifel das oben abgedruckte und von den römischen Juristen als Schlussstein unserer Lehre öfter in Bezug genommene¹⁰⁾ Rescript aus dem Jahre 198 verstanden¹¹⁾, welches das *jus offerendi et succedendi* ausdrücklich demjenigen zuerkennt, *qui pignus secundo loco acceperit*, was der Marcellina entgangen war, den Kaisern aber vollen Grund zur Berichtigung des Irrthums an die Hand gab.

Alle drei Stellen bestätigen also mit gleicher Bestimmtheit, daß selbst in dem Falle, wenn bloß ein Gläubigerwechsel bezweckt wird, die ursprüngliche Grundlage nicht verlassen werden darf, wonach ein durch ein anderes Pfandrecht gefährdetes Pfandrecht die Voraussetzung der an die Ablösung des gefährdenden Rechts geknüpften Cessionsbedingung ist.

Außer dieser Voraussetzung bedarf es indeß nicht nothwendig der scheinbar weiteren Voraussetzung, daß der neue Gläubiger beim Ausbedingen des Pfandrechts auch die Nachfolge in des abzufindenden Gläubigers Stelle bedungen habe; denn das letztere Gedinge enthält nur den Auftrag des neuen Darlehensgläubigers an den Darlehensschuldner, das empfangene Geld im Namen des neuen Gläubigers als dessen Geld, nicht aber im eignen Namen als eignes Geld an den alten Gläubiger gelangen zu lassen, weil das Geld im letzteren Falle als Schuldverfüllung die Tilgung¹²⁾, nicht aber, wie im ersten Falle, als Kaufpreis den vom neuen Gläubiger bezabsichtigten Erwerb der Forderung des alten Gläubigers bewirken würde¹³⁾. Damit aber die allerdings unter allen Umständen nicht

⁹⁾ Eine unrichtige Erklärung dieser Worte bei Cujac. recitt. solenn. ad h. l. (opp. IX, p. 1218 sq.). — — ¹⁰⁾ l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). C. §. 35. — — ¹¹⁾ l. 1 C. qui potior. (8. 18). C. §. 309 f. cf. Cujac. loc. laud. — — ¹²⁾ Einen Fall der Art enthält l. 21 pr. D. qui potior. (20. 4) . . intulit Sejae partem debiti . . weshalb hier von keiner successio des Fiscus die Rede ist. — — ¹³⁾ cf. l. 12 §. 8. 9 D. qui potior. (20. 4). C. §. 323 f. und 338 ff.

im Namen des Schuldners, sondern im Namen des neuen Gläubigers an den alten Gläubiger zu leistende *numeratio* den Uebergang der Forderung vom alten Gläubiger auf den neuen Gläubiger zur Folge habe, wird außer dem Pfandrechte des neuen Gläubigers nur die Zustimmung desselben zu der in seinem Namen vom Schuldner geleisteten *numeratio* erfordert, und diese Zustimmung kann in jeder beliebigen Form entweder vorgängig als Auftrag, oder nachträglich als Genehmigung erklärt werden¹⁴⁾. Es braucht also die im Namen des neuen Gläubigers vom Schuldner zu vollziehende Abfindung des alten Gläubigers nicht nothwendig vorher bedungen zu sein, sondern wenn sie ohne vorgängigen Auftrag vom Schuldner geschehen ist, nur nachträglich vom neuen Gläubiger gut geheissen zu werden, um dessungeachtet vollkommene Wirksamkeit zu entfalten. —

Uebereinstimmend mit diesen Grundsätzen schärft Justinian ein, daß das *jus offerendi et succedendi* des einen Pfandgläubigers verjähre, wenn der andere Pfandgläubiger *longaevam possessionis praescriptionem opponere conatur*¹⁵⁾; denn da unter denselben Voraussetzungen die Pfandklage verjährt, worin das Pfandrecht aufgeht¹⁶⁾, so ist damit wieder bestätigt, daß das *jus offerendi et succedendi* nur zur Bestärkung eines bestehenden Pfandrechts ausgeübt werden darf, daß es aber auch ebenso lange ausgeübt werden darf, als die Pfandklage nicht erloschen ist, insbesondere selbst über 30 beziehungsweise 40 Jahre hinaus, wenn mit dem zu confirmirenden Pfandrechte der Besitz verbunden war oder wenn nur das auszufaufende Pfandrecht des Besitzes ermangelt hat.

Neben solchen bestimmten Zeugnissen können Rescripte nicht in Betracht kommen, die einer durch Auskauf zu bewirkenden Succession in ein fremdes Pfandrecht erwähnen, ohne ausdrücklich hervorzuheben, daß der Auskaufende an derselben Sache pfandberechtigt gewesen sei, z. B. ein Rescript, worin mehrere Gläubiger, welche in die Stelle einer Stadt nachgefolgt sein wollen, weil sie deren Forderung befriedigt haben, beschieden werden: es sei zweifelhaft, ob die Stadt ein Pfandrecht gehabt habe¹⁷⁾; ferner ein Rescript, wonach der gewaltfreie Sohn, welcher für seinen Vater den Fiscus befriedigt und auf rechtliche Weise (*jure*) dessen Privilegium überkommen und

¹⁴⁾ l. 12 §. 4 D. de solut. (46. 3), l. 2 fin. D. de calumniat. (3. 6). — — ¹⁵⁾ l. 7 §. 3 C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39). Eodem jure pro temporum computatione observando et si posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est et is creditor longaevam possessionis praescriptionem ei opponere conatur. — cf. Bachofen, Pfandr. Th. I S. 541. — — ¹⁶⁾ l. 27 D. de noxal. act. (9. 4). S. S. 94 not. 21. — — ¹⁷⁾ l. 2 C. de jure rei publ. (11. 29), cf. l. 4 C. de his, qui in prior. (8. 19), l. 3 C. qui potior. (8. 18).

dessen Platz eingenommen hat, weder persönlichen Gläubigern seines Vaters haften, noch späteren Pfandgläubigern desselben im Pfandrechte nachstehen soll¹⁸⁾; denn hier, wie dort, war bestritten, nicht ob die Erfordernisse der Succession in der Person des Nachfolgers, sondern ob dieselben in der Person des Vorgängers vorhanden seien, weshalb nur der letztere Punkt genauer erörtert ist.

Noch weniger Bedenken erregen zwei bei genauerer Betrachtung sogar entschieden für uns beweisende Pandektenstellen. Die erste derselben lautet:

Marcianus lib. singul. ad formul. hypothecar.¹⁹⁾

Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus lib. 11 Responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat.

Der letzte Satz dieser Stelle ist bereits bei einer anderen Gelegenheit erklärt²⁰⁾, bestätigt aber, daß der erste Satz von der Voraussetzung ausgeht: Drei Gläubiger eines Schuldners haben an derselben Sache Pfandrechte, dem dritten Gläubiger sind aber außerdem noch andere Sachen ausschließlich verpfändet (*sua pignora*), und der dritte Gläubiger hat nun erlaubt, die ihm ausschließlich verpfändeten Sachen zu verkaufen, damit der Erste der beiden übrigen Pfandgläubiger mit dem Erlöse abgefunden werde und der dritte Pfandgläubiger in das Pfandrecht des Abgefundenen (*in aliud pignus*) einrücke. Unter dieser Voraussetzung ist es gar nichts Besonderes, daß die verabredeter Maßen vom Schuldner besorgte Abfindung nach Papinian und Marcian die Succession des dritten Pfandgläubigers in die Rechte des ersten Pfandgläubigers zur Folge haben soll. Denn einmal ist es ja außer Zweifel, daß der dritte Pfandgläubiger mit dem ersten Gläubiger an derselben Sache Pfandrecht hat, welches durch den Erwerb der Rechte des ersten Pfandgläubigers bestärkt werden kann; sodann liegt es in der Verabredung, daß der Schuldner die Abfindung des ersten Gläubigers mit Beziehung auf das concurrirende Pfandrecht des dritten Gläubigers in des Letzteren Auftrage und Namen, also mit Gelde vorgenommen hat, welches durch *constitutum possessorium* vorher ins Eigenthum des dritten Gläubigers übertragen, und hierauf als dessen Eigenthum dem ersten Gläubiger übergeben worden ist.

Der dritte Gläubiger hat also zunächst von der pfandrechtlichen

¹⁸⁾ 1. 2 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19). — ¹⁹⁾ 1. 12 §. 9. D. qui potior. (20. 4). — ²⁰⁾ S. S. 312 zu not. 15.

Sicherheit seiner ursprünglichen Schuldforderung so viel aufgegeben, als der Kaufpreis der vom Schuldner verkauften Sachen beträgt, darauf gleichzeitig durch den Erwerb des Eigenthums am Kaufpreise seine ursprüngliche Schuldforderung bezahlt erhalten²¹⁾, und durch die weitere Uebereignung des Kaufpreises an den ersten Pfandgläubiger dessen Pfandforderung mit Pfandrechte vermittelt fingirter Cession auf sich übertragen lassen²²⁾.

Die zweite der oberrühnten Pandektenstellen ist schwerer zu erklären und folgenden Inhalts:

Africanus lib. 8 Quaestionum²³⁾.

Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.

Die Worte: priore dimisso sequentis confirmatur pignus deuten auf eine vom zweiten Gläubiger zur Confirmation seines Pfandrechts geschehene Abfindung des ersten Pfandgläubigers, während die folgenden Worte: quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, ergeben lassen, daß Titia gleich der Verpfändung auch die Abfindung des Titius vollzog²⁴⁾. Es wird daher anzunehmen sein, daß Titia die Abfindung des Titius für Mävinus mit des Mävinus Gelde besorgt habe. Unter dieser Voraussetzung behandelt Africanus folgenden Fall:

²¹⁾ C. C. 307 not. 12. 14. — ²²⁾ C. C. 307 not. 15. — ²³⁾ l. 9 §. 3 D. qui potior. (20. 4). — Andere Erklärungen bei Cuj. ad Afric. (opp. I p. 1491 sq.). Huschke in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 239 ff. — Meyer, Arch. f. civ. Pr. Bd. 9 S. 256. — Müller, das. Bd. 11 S. 407 ff. — Sintonis, Pfandr. S. 90. — Bachofen, Pfandr. Th. I S. 551 ff. — Westphal, Pfandr. S. 70. — Gesterding, Pfandr. S. 109. — Dernburg, Pfandr. Th. I S. 263 ff. — Hepp in Rechirt's Zeitschr. Bd. I S. 374 f. — Trotsche Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 18 S. 84 ff. — Windscheid, ebendas. N. F. Bd. 3 S. 424 ff. — Megelesberger, Altersvortrag der Pfandrechte S. 93. —

²⁴⁾ cf. Basil. XXV, 5 c. 7 §. 3 (Heimb. III p. 80) .. καὶ οὐτε ἐν τῷ ὑποθήκεσθαι σοι οὐτε μὴν ἐν τῷ καταβάλλεσθαι μοι ἦν τὸ πρῶγμα ἐν οὐσίᾳ τῆς γυναῖκος. — et neque cum tibi praedium obligaretur, neque cum mihi solveretur, res erat in bonis mulieris.

Titia hat ein fremdes Landgut erst dem Titius, darauf dem Mävius verpfändet und endlich, nachdem sie Eigenthümerin desselben geworden, das Landgut ihrem Ehemanne gegen Werthschätzung zum Brautschah gegeben. Mävius hat zur zweiten Priorität Geld hergeliehen, damit Titia dasselbe zur Abfindung des Titius verwende, und Titia hat zwar im Namen des Mävius diese Verwendung vorgenommen, jedoch zu einer Zeit vorgenommen, als sie nicht Eigenthümerin des Landguts war, also entweder bevor sie das Eigenthum erworben, oder, wie wohl eher anzunehmen ist, nachdem sie das erworbene Eigenthum an ihren Ehemann wieder verloren hatte. Die Abfindung soll nun das Pfandrecht des Mävius nicht zur Convalescenz gefördert haben, weil das Landgut weder damals, als es dem Mävius verpfändet, noch damals, als Titius abgefunden wurde, dem Vermögen der Titia angehörte, und die Abfindung des vorstehenden Pfandgläubigers das Pfandrecht des nachstehenden Gläubigers nur dann bestärkt, wenn die verpfändete Sache zur Zeit der Abfindung im Vermögen des Schuldners sich befindet (*Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris invenitur*). Unterstellt wird indeß bei dieser Entscheidung, daß der Ehemann in gutem Glauben das Landgut gegen Werthschätzung zur Mitgift empfing, d. h. als Käufer des Landguts die dem Mävius geschehene Verpfändung desselben nicht kannte.

So weit Africanus, dessen Gedankengang durch folgende Bemerkungen deutlicher werden wird:

Titius und Mävius haben gutgläubig an einer fremden Sache ein Pfandrecht empfangen und daher, mag Titia bei der Verpfändung in gutem oder bösem Glauben gehandelt haben, nachdem Titia später Eigenthümerin geworden ist, nicht etwa bloß ein Retentionsrecht²⁵⁾, sondern eine *utilis hypothecaria actio* erlangt²⁶⁾, als ob die Sache schon zur Zeit der Verpfändung in *bonis* der Titia gewesen wäre. Das Anfangs ganz ungültige Pfandrecht ist also durch den späteren Eigenthumserwerb confirmirt worden²⁷⁾; jedoch nur in einem gewissen Grade confirmirt worden, denn die *utilis hypothecaria actio* wird zwar gegen den Verpfänder und gegen diejenigen, welche den *dolus* des Verpfänders vertreten²⁸⁾, der

²⁵⁾ l. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 §. 2 D. ad Sc. Maced. (14. 6). Auch hier beschränkt sich das Recht des Pfandgläubigers auf eine *exceptio doli*, weil er bei der Verpfändung wußte, daß der Haussohn eine fremde Sache verpfändete. — — ²⁶⁾ l. 1 pr., l. 22 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 41 D. de pign. act. (13. 7), l. 56 D. ad Sc. Trebell. (36. 1), l. 5 C. si aliena res (8. 16). — — ²⁷⁾ l. 56 D. ad Sc. Trebell. (36. 1) . . item *pignora confirmari*. — — ²⁸⁾ l. 4 §. 29. 31 D. de doli mali exc. (44. 4).

exceptio dominii ungeachtet durch die *replicatio doli* aufrecht erhalten²⁹⁾, ist aber gegen diejenigen Eigenthumsnachfolger, welche für des Verpfänders *dolus* nicht haften, insbesondere gegen Käufer und andere wegen onerosen Titels dem Käufer gleichgeachtete Personen kraftlos, wenn dieselben am *dolus* des Verpfänders nicht Theil genommen haben³⁰⁾. Auch der Ehemann der Titia als eine Art von Käufer des verpfändeten Landguts ist ein für den *dolus* der Titia ohne eigne Theilnahme am *dolus* nicht verantwortlicher *Singularsuccessor*³¹⁾. Africanus hält also mit Recht dafür, daß freilich Titius und Mävius, obgleich ihnen von Titia ursprünglich ein fremdes Landgut verpfändet worden, durch den späteren Eigenthumserwerb der Titia eine *utilis hypothecaria actio* erlangt haben, welche gegen Titia unter allen Umständen und gegen deren Ehemann unter der Voraussetzung, wenn derselbe bei dem Erwerbe des Landguts von den daran haftenden Pfandrechten Kunde gehabt und insofern an dem von der Titia durch den Verkauf des verpfändeten Landguts begangenen *dolus* Theil genommen hat, aufrecht zu erhalten ist, daß aber der Ehemann die *utilis hypothecaria actio* nicht zu fürchten braucht, si bona fide in dotem aestimatum praedium accepit, i. e. si ignoravit, Maevio obligatum esse.

Diese Unwirksamkeit der *utilis hypothecaria actio* des Titius und Mävius gegen die *exceptio dominii* des gutgläubigen Ehemanns hätte Titia indeß dadurch beseitigen können, daß sie zur Zeit, als sie Eigenthümerin des Landguts war, die frühere Verpfändung durch Worte oder schlußkräftige Handlungen bestätigend wiederholte³²⁾. Eine bestätigende Wiederholung der Art würde Africanus anzunehmen kein Bedenken tragen, wenn Titia, während das Landgut in ihrem Eigenthume sich befand (*cum res in bonis ejus inveniatur*), mit Beziehung auf das dem Mävius bestellte Pfandrecht im Auftrage des Mävius dessen Geld dem Titius gezahlt hätte, um das Pfandrecht des Titius durch fingirte Cession auf Mävius übergehen zu lassen; denn ohne Anerkennung, Geneh-

²⁹⁾ l. 21 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 41 fin. D. de pignor. act. (13. 7). Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. — cf. l. 2 C. si aliena res (8. 16), Meyer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 9 S. 251. — Windscheid in Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. N. 8. Bd. 3 S. 435 ff. — ³⁰⁾ l. 4 §. 27. 31 D. de doli mali exc. (44. 4). — ³¹⁾ l. 19. D. de O. et A. (44. 7). — l. 3 D. locati (19. 2), l. 1, l. 5, l. 10 C. de jure dot. (5. 12). — ³²⁾ l. 7 C. si aliena res (8. 16). Vergleiche l. 4, l. 27. l. 65 §. 1 D. de ritu nupt. (23. 2), l. 1 §. 1. 5 D. de legat. III (32). v. Savigny Syst. Bd. 4 S. 554 ff. Baehr Anerkenn. S. 192 f.

migung und — soweit nöthig — erneuerte Begründung beider von ihr früher theils dem Mävius, theils dem Titius bestellter Pfandrechte konnte Titia diese Zahlung unmöglich vollziehen.

Allein Titia, welche zwar eine derartige Zahlung für Mävius an Titius besorgte, besorgte dieselbe zu einer Zeit, als sie nicht Eigenthümerin des Landgutes war, also abermals unter Umständen, unter denen sie sich außer Stande befand, über das Landgut zu verfügen. Ihre Handlung konnte abermals dem Pfandgläubiger kein vollkommen wirksames dingliches Recht verleihen³³⁾; es konnte mithin, wie Africanus sich ausdrückt, durch die Abfindung das Pfandrecht des Mävius nicht noch mehr convalesciren, als bereits durch den Eigenthümerwerb geschehen war (*non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat*³⁴⁾). Freilich hatte die Abfindung das der Zeit nach bessere Pfandrecht des Titius³⁵⁾ auf Mävius übertragen und das ursprüngliche Pfandrecht des Mävius aufgehoben, allein dadurch war die pfandrechtliche Stellung des Mävius nur gegen etwaige andere Pfandgläubiger der Nichteigenthümerin, nicht gegen den wahren Eigenthümer befestigt worden, und auf eine Befestigung in dieser letzteren Richtung kam es doch lediglich an.

Africanus entscheidet daher vollkommen richtig: Weil das Landgut weder damals, als Titia dasselbe dem Mävius verpfändete, noch damals, als Titia für Mävius die Abfindung an Titius bezahlte, im Vermögen der Titia sich befunden habe, deshalb sei kein Zeitpunkt zu finden, an welchem das Pfandrecht des Mävius gegen die *exceptio dominii* des später gutgläubig zum Eigenthümer gewordenen Chemanns der Titia hätte convalesciren können (*ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit*). Es würde die von Titia für Mävius besorgte Abfindung des vorstehenden Pfandgläubigers Titius das Pfandrecht des Mävius gegen die *exceptio dominii* des später gutgläubig zum Eigenthümer des Landguts gewordenen Chemanns nur dann bestärkt haben, wenn die verpfändete Sache zur Zeit der Abfindung zum Vermögen der Titia gehört hätte (*Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniat*).

³³⁾ arg. l. 16 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1) . . Voluntas autem fere eorum servabitur, qui et pignori dare possunt. cf. l. 24 pr., l. 25 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — ³⁴⁾ cf. l. 22 D. de pign. et hyp. (20. 1) . . ex postfacto pignus directo quidem non convalescit. — — ³⁵⁾ l. 14 D. qui potior. (20. 4). — cf. l. 9 §. 4 D. de Publ. act. (6. 2), l. 31 §. 2 D. de act. E. V. (19. 1).

Bei dieser Erklärung kann es zwar befremden, daß das vom Nichteigenthümer bestellte Pfandrecht durch den späteren Eigenthumserwerb des Verpfänders nicht vollständig bestärkt wird und insofern mit dem Falle, wenn der Nichteigenthümer, welcher zum Zweck der Eigenthumsübertragung eine Sache tradirt hat und später wirklich Eigenthum erwirbt, nicht gleichen Schritt hält, da die durch den späteren Eigenthumserwerb des Veräußerers eintretende Convalescenz der Tradition dem Erwerber auch gegen denjenigen Rechte verleiht, welcher später von dem zum Eigenthümer gewordenen Veräußerer aus lucrativem oder onerosen Titel Eigenthum erworben hat³⁶⁾; dieses Befremden wird aber an der Richtigkeit unserer Erklärung nicht irre machen, sobald man als den Grund dieses Unterschiedes mit uns den Umstand erkennt, daß demjenigen, welcher Eigenthum hat erwerben wollen, die gegen jeden Singularsuccessor des Tradenten wirksame *exceptio* beziehungsweise *replicatio rei venditae et traditae* zur Seite steht, der Pfandnehmer dagegen auf die *exceptio* beziehungsweise *replicatio doli* beschränkt ist, welche gegen den gutgläubigen, durch einen onerosen Titel gestützten Singularsuccessor des Pfandgebers ihre Kraft verliert³⁷⁾.

Danach erleidet es keinen Zweifel, daß aus des Africanus Bruchstücke keine Widerlegung der von uns aufgestellten Grundsätze abzuleiten steht. Africanus räumt ja selbst ein, daß die von Titia für Mävinus besorgte Abfindung des Titius dessen immerhin gegen Titia und gegen deren zur Vertretung fremder Arglist verpflichtete Singularnachfolger wirksame *utilis hypothecaria actio* auf Mävinus übertragen habe; denn im Fall der Ehemann bei dem Erwerbe des Landguts mit den Pfandrechten des Mävinus und des Titius bekannt gewesen ist, soll wirklich das Pfandrecht des Mävinus durch die Abfindung des Titius bestärkt worden sein; eine Bestärkung, die von nichts anderem, als von dem durch die Abfindung herbeigeführten Erwerbe des ursprünglich dem Titius bestellten besseren Pfandrechts verstanden sein kann. —

Wir dürfen also auch nach des Africanus Bruchstücke annehmen, daß zur Ausübung des *jus offerendi et succedendi* unter den bezüglichen Gläubigern nicht mehr und nicht weniger als ein an derselben Sache zusammentreffendes Pfandrecht erforderlich ist.

Fortsetzung.

§. 35. Der vierte Beweis:

daß das *jus offerendi et succedendi* in dem durch jüngste Cession bewirkten Uebergange abgeleiteter Klagen (*utiles*

³⁶⁾ l. 42 D. de usurp. (41. 3). l. 4 §. 32 D. de doli exc. (44. 4). —
³⁷⁾ C. C. 262 zu not 27 und 28.

actiones) vom abgefundenen auf den abfindenden Pfandgläubiger besteht,

entbehrt directer Zeugnisse, wird sich aber dessenungeachtet mit überzeugender Sicherheit führen lassen. Man erwäge nur, daß bei demjenigen, welcher kraft Pfandrechts ein gefährdendes fremdes Pfandrecht ausbietet, das nämliche Parallelverhältniß zwischen der wirklichen und der fingirten Cession Statt findet, wie bei demjenigen, welcher kraft Eigenthums ein gefährdendes fremdes Pfandrecht auskauft; daß namentlich von Paulus¹⁾ und von Papinianus²⁾ die Lage des Käufers und des neuen Pfandgläubigers in Betreff der durch Abfindung anderer Pfandgläubiger erzielten Wirkung gleich gestellt, und diese Wirkung hier wie dort bezeichnet wird als ein substitui³⁾, subire⁴⁾, succedere⁵⁾ in locum, in pignus⁶⁾, in jus⁷⁾ oder als ein transire jus ad offerentem⁸⁾; daß endlich alle einzelnen Merkmale des ganzen Geschäfts dem Begriffe einer durch fingirte Cession verursachten Nachfolge des auskaufernden Pfandgläubigers in das Pfandrecht und die etwa damit verbundene persönliche Forderung des ausgekauften Pfandgläubigers, oder dem Begriffe eines durch fingirte Cession verursachten Uebergangs des Pfandrechts und der damit verbundenen persönlichen Forderung vom ausgekauften Pfandgläubiger auf den auskaufernden Pfandgläubiger in alle Wege entsprechen.

Einige Merkmale der Art sind früher schon angeführt. Ich erinnere daran, daß die Cessionsbeschränkungen der lex Anastasiana auf Geschäfte der vorliegenden Art von Justinian in einer für uns freilich nicht gültig gewordenen Constitution geradezu angewandt⁹⁾, von Anastasius wenigstens für anwendbar erachtet, wenn auch durch eine besondere Ausnahmebestimmung ausgeschlossen worden sind¹⁰⁾; daß der dritte Pfandgläubiger, welcher den ersten Pfandgläubiger ausgekauft hat, dem zweiten Pfandgläubiger bei dem Pfanderlöse nur bis zu der dem ersten Pfandgläubiger gezahlten Summe vergehen soll¹¹⁾; daß die Deposition der Auskaufsumme die Succession des auskaufernden in das Recht des ausgekauften Pfandgläubigers oder den Ueber-

¹⁾ l. 3 D. quae res pignori (20. 3) §. 3. — ²⁾ l. 3 §. 1 fin. D. de distr. pign. (20. 5) §. 3. — ³⁾ l. 16 D. qui potior. (20. 4). — ⁴⁾ l. 12 §. 8 D. qui potior. (20. 4). — ⁵⁾ l. 12 §. 9 D. qui potior. (20. 4), l. 5 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 1, l. 4 C. de his, qui in priorum locum succedunt (8. 19), l. 12 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), l. 12 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 2 C. de jure reipubl. (11. 29). — ⁶⁾ l. 12 §. 9 D. qui potior, (20. 4). — ⁷⁾ l. 3 D. quae res pign. (20. 3), l. 3, l. 4 C. de his, qui in prior. loc. (8. 19). — ⁸⁾ l. 3 D. quae res pign. (20. 3), l. 7 §. 6 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9). — ⁹⁾ l. 23 C. mand. (4. 35) §. 47 ff. — ¹⁰⁾ l. 22 C. mand. (4. 35). §. 44 Nr. 2. — ¹¹⁾ l. 16 D. qui potior. (20. 4). §. 3. 318.

gang des Rechts vom ausgekauften auf den auskauften Pfandgläubiger, und ebenso das Aufhören der Deposition das Aufhören dieser Wirkung und die Herstellung des ursprünglichen Verhältnisses ohne Weiteres zur Folge haben soll ¹²⁾.

Andere Merkmale derselben Art finden sich in folgenden Stellen:

1. Marcianus lib. singul. ad formul. hypothec. ¹³⁾.

Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris et in usuras suas, quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum, quas primo creditori solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus lib. 3 Responsorum scripsit: et verum est.

2. Marcianus lib. singul. ad formul. hypothec. ¹⁴⁾.

Cum creditor secundus oblata priori pecunia in locum ejus successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

3. Impp. Diocletian. et Maximian. A. A. et C. C. Antiochiano ¹⁵⁾.

Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest. — P. P. 3 Id. Decembr. Nicomediae C. C. Coss.

4. Paulus lib. 3 Quaestionum ¹⁶⁾.

Nach dem schon oben abgedruckten und erklärten Eingange ¹⁷⁾, daß der neue Gläubiger, mit dessen Gelde ein älterer Pfandgläubiger abgefunden wird, nur dann in dessen Rechte einrückt, wenn er sich selbst ein Pfandrecht bedungen habe, wird fortgefahren:

Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere: videamus, an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.

Wenn Marcian sagt, daß dem in das Recht des ersten Gläubigers nachgefolgten zweiten Gläubiger das Pfand sowohl für seine

¹²⁾ l. 1 C. qui potior. (8. 18). C. C. 309 f. — — ¹³⁾ l. 12 §. 6 D. qui potior. (20. 4). — — ¹⁴⁾ l. 5 pr. D. de distr. pign. (20. 5). — — ¹⁵⁾ l. 22 C. de pign. et hyp. (8. 14). — — ¹⁶⁾ l. 3 D. quae res pign. (20. 3). C. C. 319. — — ¹⁷⁾ C. C. 320.

ursprünglich eigne Hauptforderung, als für die ursprünglich fremde Hauptforderung des ersten Gläubigers, und sowohl für die auf die ursprünglich eigne Hauptforderung verfallenen Zinsen, als auch für die von ihm dem ersten Gläubiger bezahlten Zinsen hafte, so zeigt uns das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, daß die dem ersten Gläubiger bezahlten Zinsen gerade diejenigen Zinsen sind, welche der erste Gläubiger vom Schuldner hätte fordern können, und daß das ursprünglich dem ersten Gläubiger geschuldete Capital mit Zinsen vom Schuldner fortan dem zweiten Gläubiger gezahlt werden soll, daß also die persönliche Forderung auf Capital und Zinsen nebst der dazu gehörigen Pfandklage dergestalt vom ersten Gläubiger auf den zweiten Gläubiger übergegangen ist, daß dieser sie wie seine eigne Forderung oder, mit anderen Worten, als *utiles actiones suo nomine* geltend zu machen hat.

Wenn Marcian hinzufügt, der zweite Gläubiger könne nach dem Auskaufe des ersten Pfandgläubigers den Verkauf des Pfandes sowohl für das dem ersten Gläubiger von ihm gezahlte, als für das dem Schuldner von ihm unmittelbar geborgte Geld, mit anderen Worten, sowohl für die vom ersten Gläubiger erworbene, als für die ursprünglich eigne Forderung vollziehen¹⁸⁾, also die zu jeder der beiden Forderungen gehörigen Pfandklagen durch fingirte Cession auf den Käufer übertragen¹⁹⁾ und beide Forderungen mit dem Erlöse bezahlen²⁰⁾, ohne wegen der einen oder der anderen Forderung den mißlicheren Weg der Compensation mit der dem Schuldner auf den Rest des Kaufpreises zustehenden *pigneratitia actio directa*²¹⁾ zu seiner Befriedigung einschlagen zu müssen²²⁾, und wenn Paulus dem zweiten Gläubiger, welcher mit seinem Gelde den ersten Gläubiger abgefunden hat, gleich einem wirklichen Cessionar²³⁾ den Pfandverkauf selbst dann gestattet, wenn der zum Pfandverkaufe ermächtigende Nebenvertrag dem für die ursprünglich eigne Forderung des zweiten Gläubigers bestellten Pfandrechte absichtlich nicht beigelegt, dem vom ersten Gläubiger auf den zweiten Gläubiger übergegangenen

¹⁸⁾ cf. l. 8 C. qui potior. (8. 18): *Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia* [cf. l. 4 D. quae res pign. (20. 3), l. 1 §. 1 D. qui potior. (20. 4)] *pignus accepit, potioorem haberi, certi ac manifesti juris est, nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.* — — ¹⁹⁾ *§. §. 222 ff.* — — ²⁰⁾ l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3) . . *prius debitum pretio pignorum jure solvetur.* — — ²¹⁾ l. 6 §. 1, l. 7, l. 42 D. de pignor. act. (13. 7). — — ²²⁾ l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3) . . *secundum (sc. debitum) superfluo compensabitur.* *§. §. 126 ff.* — — ²³⁾ l. 7 C. de O. et A. (4. 10).

Pfandrechte dagegen beigelegt worden ist²⁴⁾, weil man oft²⁵⁾ ein Recht, welches man aus seiner Person nicht habe, durch einen Fremden ansprechen könne, so beweist auch das wieder, daß der zweite Pfandgläubiger nach dem Auskaufe außer dem ursprünglich eignen Rechte auch das vom ersten Gläubiger erworbene Recht auszuüben vermag, ohne daß die dem ursprünglich eignen Rechte anklebenden Unvollkommenheiten der größeren Wirksamkeit des erworbenen Rechts Eintrag thun, daß aber das erworbene Recht nicht direct aus eigner Person, sondern da der Pfandverkauf von jedem, welcher titulo universali oder singulari in das den Verkauf mit sich führende Pfandrecht nachfolgte, im eignen Namen geschieht²⁶⁾, nur utiliter suo nomine zu vollziehen ist.

Es bestehen eben zwei verschiedene Forderungen und zwei verschiedene Pfandrechte, wie sie vor dem Auskaufe in zwei Personen vorhanden waren, nach dem Auskaufe in einer Person, so daß jede Forderung und jedes Pfandrecht seine volle Individualität bewahrt, z. B. jede Forderung ihre eigenthümliche Zahlungsfrist, jedes Pfandrecht seine besonderen Verkaufsbedingungen beibehält²⁷⁾. Ist also nicht mit dem Pfandrechte an erster Stelle, sondern nur mit dem Pfandrechte an zweiter Stelle ein sofort zu verwirklichendes Verkaufsrecht verbunden²⁸⁾, so folgt, daß der Pfandgläubiger ohne Weiteres nicht auf Grund des ersten Pfandrechts²⁹⁾, sondern nur auf Grund des zweiten Pfandrechts verkaufen kann. Durch solchen Verkauf würde er aber nicht bloß sein erstes Pfandrecht — von einem schwerlich jemals vorkommenden besonderen Vorbehalte desselben abgesehen — aufgeben³⁰⁾ und allein sein zweites Pfandrecht durch fingirte Cession auf den Käufer übertragen, sondern auch sich in die Lage versetzen, allein für die zweite durch fingirte Cession gleichfalls auf den Käufer übertragene, wenn schon in der Person des Käufers durch die dafür in dem Eigenthume der Pfandsache erhaltene satisfactio untergegangene Forderung das Kaufgeld im entsprechenden Betrage zu seiner Be-

²⁴⁾ Den umgekehrten Fall erwähnt l. 12 §. 10 D. qui potior. (20. 4). —

— ²⁵⁾ Beispiele der Art führt in Menge an die Glosse zu l. 3 D. quae res pignori (20. 3), s. v. „potest“; ferner Cujac. ad Paul. Quaest. lib. 3 (opp. V. p. 952). — cf. l. 56 D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2), l. 74 D. de condit. et demonstr. (35. 1), l. 10 pr. D. quemadm. serv. omitt. (8. 6), l. 70 D. de furt. (47. 2), l. 23 §. 9 D. de aedil. edicto (21. 1). — ²⁶⁾ l. 19 C. de distr. pign. (8. 28) . . eorum, quae pignoris titulo accepit, si ei non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem. — ²⁷⁾ l. 4, l. 5 D. de pigner. act. (13. 7), l. 3 §. 1 C. de jure domin. impetr. (8. 34). — ²⁸⁾ l. 12 §. 10 D. qui potior. (20. 4). — ²⁹⁾ l. 73 D. de furt. (47. 2), Basil. u. Echol. LX, 12 c. 73 (Heimb. V, p. 525). — ³⁰⁾ l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. S. 258 f.

friedigung behalten zu dürfen, den Ueberschuß aber dem etwaigen dritten Pfandgläubiger auf die demselben vom Verpfänder eventuell verpfändete *pignoratitia actio* ³¹⁾ unter allen Umständen, und selbst dem Verpfänder auf die demselben kraft des Pfandrealecontractes direct zustehende *pignoratitia actio* unter der Voraussetzung herausgeben zu müssen, daß der Verpfänder nicht zugleich hinsichtlich der dem Gläubiger auch nach dem Verluste des ersten Pfandrechts unversehrt verbliebenen persönlichen Forderung Schuldner und als solcher verpflichtet sein sollte, die Compensation seiner *pignoratitia actio* mit des Gläubigers persönlicher Schuldforderung sich gefallen zu lassen. Selbst wenn der Pfandgläubiger beim Pfandverkaufe sein erstes Pfandrecht sollte vorbehalten haben, würde er nur an die dem Käufer übergebene Sache sich halten können, hinsichtlich des Kaufgeldüberschusses aber nicht anders stehen, als wenn er den Vorbehalt nicht gemacht hätte, da dem ersten Pfandgläubiger nicht, wie den nachfolgenden Pfandgläubigern, die *actio pignoratitia* des Verpfänders eventuell verpfändet zu sein pflegt ³²⁾.

Ist dagegen, wie in dem von Paulus unterstellten Falle, mit dem durch Auskauf erworbenen ersten Pfandrechte, nicht aber mit dem ursprünglich eignen zweiten Pfandrechte ein sofort zu verwirklichendes Verkaufsrecht verbunden, so überträgt der zufolge des fälligen Verkaufsrechts vollzogene Verkauf durch fingirte Cession zwar das erste Pfandrecht auf den Käufer, nicht aber das zweite Pfandrecht, welches vielmehr als aufgegeben gilt oder besonders vorbehalten werden muß ³³⁾. Das Aufgeben des zweiten Pfandrechts bewirkt, daß das Kaufgeld, soweit es die erste Forderung übersteigt, an den etwaigen dritten Pfandgläubiger, wie an den Verpfänder, welcher nicht zugleich compensationspflichtiger Schuldner hinsichtlich der zweiten Forderung ist, herausgegeben werden muß; der Vorbehalt des Pfandrechts gewährt dem Gläubiger an dem Kaufgeldüberschusse ein Pfandrecht, gerade wie es ihm, wenn der ursprüngliche erste Pfandgläubiger selbst den Verkauf vollzogen hätte, an demjenigen Kaufgeldüberschusse zustehen würde, welcher durch Anstellung der ihm als zweiten Pfandgläubiger eventuell verpfändeten *pignoratitia actio* in seine Hände gekommen wäre ³⁴⁾. Dieses Pfandrecht schützt gegen die Ansprüche dritter Pfandgläubiger,

³¹⁾ l. 12 §. 5 D. qui potior. (20. 14). C. §. 35 a. C. C. C. 126 not. 60, C. 94 not. 12. — — ³²⁾ l. 1 D. de distr. pign. (20. 5): Sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit; nec utilis danda est. C. C. 127 not. 65. — — ³³⁾ l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). C. C. 258 f. — — ³⁴⁾ l. 18 pr. D. de pign. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). C. C. 119 ff.

wie gegen die Ansprüche des Verpfänders, selbst wenn derselbe nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, giebt auch dem Pfandgläubiger das Recht, sich durch Compensation des Geldes definitiv Befriedigung zu verschaffen³⁵⁾.

Wenn Marcian endlich erwähnt, daß die Pfandforderung des ersten Gläubigers auf den auskaufenden zweiten Gläubiger ohne und selbst wider Willen des Schuldners übergehe, und daß der auskaufende Gläubiger nur die dem ausgekauften Gläubiger gezahlten, oder wie die Kaiser Diocletian und Maximian sich ausdrücken, nur die dem ausgekauften Gläubiger vom Schuldner zu zahlen gewesenen Zinsen, nicht auch Zinsen dieser Zinsen vom Schuldner erlangen könne, weil er beim Auskauf mehr sein eignes, als ein Geschäft des Schuldners besorgt habe: so setzt auch das eine fingirte Cession der Pfandforderung des ersten Pfandgläubigers an den zweiten Pfandgläubiger voraus, weil ohne Universalsuccession nur durch Cession, sonder und selbst wider Willen des Schuldners, Forderungen vom ursprünglichen Gläubiger auf einen anderen übergehen können³⁶⁾, und nur, wenn der zweite Gläubiger durch die dem ersten Gläubiger gezahlte Abfindung nicht sowohl für den Schuldner die Schuld zu erfüllen und zu tilgen, als für sich selbst die Forderung des ersten Gläubigers zu kaufen und zu erwerben bezweckt hat, von ihm kein zur Aufstellung der negotiorum gestorum actio contraria auf Ersatz der ausgelegten Hauptsumme und Zinsen mit Zinsen³⁷⁾ berechtigendes fremdes, sondern ein nur die Ausübung der erworbenen Klagen des ersten Gläubigers auf Capital und Zinsen ohne Zinseszinsen ermöglichendes eignes Geschäft besorgt sein kann.

5. Marcianus lib. singul. ad formul. hypothec.³⁸⁾.

A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset: deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo, ut si Titio desiderit praedium teneri, ei teneatur: tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum ejus subeat: num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur conditio, et

³⁵⁾ l. 96 §. 3 D. de solut. (46. 3) . . prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur. C. C. 126 not. 63. — — ³⁶⁾ l. 1 C. de novat. (8. 41), l. 3 C. de her. vel act. (4. 39). — — ³⁷⁾ l. 19 §. 4 D. de neg. gest. (3. 5), l. 18 C. eod. (2. 19), l. 12 §. 9 D. mand. (17. 1), l. 37 D. de usur. (22. 1), l. 3 §. 1 D. de contrar. tut. (27. 4). — — ³⁸⁾ l. 12 §. 8 D. qui potior. (20. 4). Unbefriedigend erklärt von Bachofen Pfandr. Th. 1 C. 496.

tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praefendus est.

6. Ulpianus lib. 35 ad Edictum³⁹⁾.

(§. 5.) Si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus: sed tunc cum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor. (§. 6.) Idem videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat.

7. Marcianus lib. singul. ad formul. hypothec.⁴⁰⁾.

Non fit contra Senatusconsultum, si cujus tutor creditori patris pupilli exsolvit, ut ejus loco succedat.

8. Scaevola lib. 19 Digestorum⁴¹⁾.

Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex justis nuptiis et caeteris cognatis fideicommisserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit. Quaesitum est, an pignus recte contractum esset? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum.

Alle vier Stellen setzen gleichmäßig voraus, theils daß dieselbe einem alten Gläubiger bereits verpfändete Sache einem neuen Gläubiger, welcher Geld zur Abfindung des alten Gläubigers hergegeben hat, abermals verpfändet, theils daß die Abfindung des alten Gläubigers mit dem Gelde des neuen Gläubigers entweder vom neuen Gläubiger im eignen Namen, aber im Auftrage des Schuldners⁴²⁾, oder vom Schuldner im Auftrage und im Namen des neuen Gläubigers⁴³⁾ wirklich vollzogen worden und somit gleichzeitig die alte Pfandforderung vom alten auf den neuen Gläubiger übergegangen und die neue Pfandforderung dort als actio mandati contraria durch den dafür gemachten Erwerb der alten Pfandforderung⁴⁴⁾, hier als condictio ex mutuo durch die vor der Bezahlung des alten Gläubigers Statt gehabte Rückkehr des Geldes in das Eigenthum des neuen Gläubigers⁴⁵⁾ untergegangen ist. Die fünfte, sechste und achte Stelle sagen

³⁹⁾ l. 7 §. 5. 6 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9). — — ⁴⁰⁾ l. 12 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9). — — ⁴¹⁾ l. 38 pr. D. de legat. III (32). — cf. Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Fideicommissen §. 24 f. — — ⁴²⁾ §. 308 not. 19. — — ⁴³⁾ §. 307 not. 12—14. — — ⁴⁴⁾ §. 308. — — ⁴⁵⁾ §. 307 not. 12.

dieses geradezu, und die siebente Stelle läßt es schließen, weil sie aus Marcian's Werke über die hypothekarische Formel entlehnt ist und der Zweifel, ob eine vom Tutor dem ererbten Gläubiger des Pupillen zum Zweck der Nachfolge geleistete Abfindung wider das durch die oratio Severi⁴⁶⁾ hervorgerufene Senatusconsult, welches die Veräußerung und Verpfändung von Mündelgrundstücken untersagt, einen Verstoß enthalte, ohne ein dem Tutor vom Mündel — etwa unter Auctorität eines anderen Tutor⁴⁷⁾ — neu bestelltes Pfandrecht nicht wohl gedacht werden kann.

Nach der fünften Stelle hat ein Schuldner erst von Titius Geld geliehen und dafür sein Landgut verpfändet; hierauf von Mävius Geld geliehen und dafür das nämliche Landgut für den Fall, wenn dasselbe dem Titius als Pfand zu haften aufgehört haben sollte, abermals verpfändet; endlich von einem Dritten unter Verpfändung desselben Grundstücks zur Abfindung des Titius Geld geliehen und diese Abfindung im Auftrage und Namen des Dritten auch wirklich vollführt. Es entsteht nun Streit zwischen Mävius und dem Dritten über ihre beiderseitigen Pfandansprüche. Mävius behauptet, durch die Abfindung des Titius sei die seinem Pfandrechte gegebene Bedingung erfüllt, mithin bei der Rückwirkung der erfüllten Bedingung⁴⁸⁾ sein Pfandrecht älter und besser, als das an dritter Stelle bestellte Pfandrecht des Dritten. Der Dritte erwidert: die Abfindung des Titius habe nicht die Tilgung der Pfandforderung, sondern deren Uebertragung von Titius auf den Dritten bezweckt und bewirkt, weshalb die Bedingung für das Pfandrecht des Mävius noch gar nicht in Erfüllung gegangen sei und seinem, des Dritten, von Titius erworbenen Pfandrechte der Vorrang gebühre (*praefereendus est*)⁴⁹⁾. Marcian entscheidet zu Gunsten des Dritten und erklärt damit, daß die Pfandforderung des Titius nicht getilgt, sondern an sich bestehen geblieben und nur von einem Berechtigten auf einen anderen übergegangen sei; ein Uebergang, der in Ermangelung wirklicher Cession nur durch fingirte Cession gedacht werden kann, unter dieser Voraussetzung aber auch die Entscheidung Marcian's vollkommen rechtfertigt; denn der dritte Gläubiger hätte ja nur seinen Anspruch auf wirkliche Cession gegen Titius geltend machen dürfen, um in Folge wirklicher Cession direct im Namen des Titius klagen und auf diesem Wege jeden

⁴⁶⁾ l. 1 pr. 1. 2 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9). — — ⁴⁷⁾ l. 5 pr. D. de auctor. et cons. (26. 8). — — ⁴⁸⁾ l. 9 §. 1. 2, l. 11 §. 1 D. qui potior. (20. 4), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 148 ff. — — ⁴⁹⁾ Der etwas auffallende Ausdruck: *praefereendus est* findet sein Analogon in den Worten der l. 4 D. qui potior. (20. 4) . . posterioris creditoris causa potior est.

Schein, als ob die Bedingung des zweiten Pfandrechts eingetreten wäre, vereiteln zu können.

Nach dem letzten Theile (§. 6) der sechsten und nach der siebenten und achten Stelle ist ein dem A für eine Forderung gültig verpfändetes Grundstück wider ein gesetzliches, beziehungsweise lehtwilliges Veräußerungs- und Verpfändungsverbot dem B verpfändet, welcher Geld zu der damit beschafften Abfindung des A hergegeben hat. Es fragt sich, ob diese zweite Verpfändung des Verbots halber nichtig und wirkungslos sei? Ulpian, Marcian und Scävola erklären aber übereinstimmend, daß sie von dem gesetzlichen, beziehungsweise lehtwilligen Veräußerungs- und Verpfändungsverbote dessen Zwecke nach nicht betroffen werde⁵⁰⁾, weil und sofern sie keine neue Belastung des Grundstücks, sondern nur den Uebergang der alten im Uebrigen unverändert fortdauernden Pfandforderung von A auf B herbeizuführen bestimmt sei und nach Erreichung dieses Erfolges von selbst wieder erlösche. Wenn Ulpian dieses nun gar dahin ausdrückt, die zweite Verpfändung gelte insoweit, daß das Recht des ersten Gläubigers (A) auf den folgenden (B) übergehe (*valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat*): kann da wohl mit Grund bezweifelt werden, daß dieser möglicher Weise nur durch Cession zu bewirkende Uebergang der Pfandklage und der persönlichen Schuldklage auf eine fingirte Cession zurückzuführen sei? Die Basiliken wenigstens haben dieses nicht bezweifelt, da sie der siebenten Stelle offenbar deshalb, weil Justinian's Novelle 72 c. 5 inzwischen dem Vermunde jeden cessionsweisen Erwerb einer Forderung gegen seinen Mündel verboten hatte, mit der Glosse die Anwendbarkeit abgesprochen und kurzweg die Aufnahme verweigert haben⁵¹⁾.

Die sechste Stelle entscheidet übrigens in ihren beiden Theilen (§. 5 und §. 6) zwei verschiedene Fälle, obgleich sie durchweg von der Voraussetzung ausgeht, daß ein Vermund, welcher für seinen Mündel Geld anleihet, dafür ohne Decret des Prätor ein Grundstück des Mündels verpfändet und mit dem angeliehenen Gelde einen früheren Pfandgläubiger abfindet. Nach dem ersten Theile (§. 5) ist, um das eine Grundstück vom Pfandrechte zu befreien, ein anderes verpfändet worden, während nach dem zweiten Theile (§. 6) dasselbe Grundstück dem Pfandrechte des einen Gläubigers wie dem Pfandrechte des anderen

⁵⁰⁾ Eine gleich freie Behandlung des Sct. Macedon. findet sich in l. 7 §. 14 D. ad Sct. Macedon. (14. 6). — — ⁵¹⁾ cf. Basil. XXXVIII, 9 (Heimb. III, p. 754). — Aus denselben Gründen haben die Basiliken gewöhnlich die unbrauchbar gewordenen Stellen weggelassen, z. B. l. 70 D. de proc. (3. 3) wegen nov. 72 c. 4. — l. 2, l. 3 C. de fidej. (6. 41) wegen nov. 4. — l. 2 C. de duob. reis (8. 40) wegen nov. 99 c. 1.

unterworfen wird. Dort wird dem zweiten Gläubiger in Wirklichkeit ein neues Pfandrecht bestellt, um das alte Pfandrecht des alten Gläubigers zu löschen; hier bildet die Einräumung eines neuen Pfandrechts nur die im Uebrigen erfolglose Vorbedingung für den ohne Zuthun des alten Gläubigers herbeizuführenden Uebergang des alten Pfandrechts vom alten auf den neuen Gläubiger; dort enthält also die zweite Verpfändung in der That eine Veräußerung, die der *oratio Severi* unterliegt und nur durch die zum Nutzen des Mündels geschehene Verwendung der Darlehenssumme eine *doli exceptio* zu begründen vermag⁵²⁾, wenn ein Gläubiger abgefunden worden ist, der vermöge seines Pfandrechts ebenfalls nicht erst nach vergeblich versuchter Execution in die Fährniß an das unbewegliche Vermögen des Mündels sich zu halten verpflichtet sein würde⁵³⁾; hier dagegen ist nur der Schein einer Veräußerung vorhanden, indem der Vormund in Wahrheit nichts vom Vermögen des Pupillen aufgibt, sondern nur bewirkt, daß das alte Pfandrecht trotz eines Gläubigerwechsels in seinem Bestande erhalten wird. Man würde aber sehr irren, wenn man hieraus die völlige Entbehrlichkeit der zweiten Verpfändung schließen wollte. Als Voraussetzung für den Eintritt fingirter Cession war sie deswegen unerläßlich, weshalb Ulpian von einer insoweit vorhandenen Gültigkeit derselben und Scävola in der achten Stelle von einem *pignus recte contractum* zu reden sorgfältig beflissen sind.

9. Ulpianus lib. 73 ad Edictum⁵⁴⁾.

(§. 1.) Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. (§. 2.) Tantundem dicetur et si merces horreorum vel areae vel vecturae jumentorum debetur: nam et hic potentior erit.

10. Tryphoninus lib. 4 Disputationum⁵⁵⁾.

Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur: et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in propriorem debiti causam et in eam summam, qua eum liberavit: quasi ea obligatione

⁵²⁾ l. 1 C. si aliena res (8. 16). — — ⁵³⁾ l. 10, l. 13 D. de reb. eor., qui sub tut. (27. 9), l. 14, l. 16 C. de praed. et aliis reb. (5. 71) in Verbindung mit l. 15 §. 2 D. de re judic. (12. 1). — Wachsen auserwählte Lehren S. 144 ff. — Sell Versuche Th. 1 S. 144. — — ⁵⁴⁾ l. 6 §. 1. 2 D. qui potior. (20. 4). — cf. Basil. LIII, 7 c. 13. 14 (Heimb. V, p. 118). — — ⁵⁵⁾ l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). — Unrichtig und ungenügend erklärt von Wachsen Pfandr. Th. 1 S. 509 f.

quadam constitutione inducta, ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc conversa⁵⁶⁾ res est, et posterior, qui apud nos esset prior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

Beide Stellen bestätigen den Vorrang eines Pfandrechts, welches für eine zur physischen oder juristischen Erhaltung der Pfandsache contrahirte Schuld bestellt ist⁵⁷⁾. Erwägt man nun, daß ein stillschweigendes Pfandrecht⁵⁸⁾ der Art besteht für den Schiffer und Fuhrmann wegen des verdienten Frachtlöhns an den transportirten Waaren (nam et ipsum naulum potentius est), für den Vermiether eines Speichers oder Lagerraums wegen des Miethpreises an den daselbst verwahrten Gütern (Tantumdem dicetur cett.), und für den Verkäufer eines kriegsgefangenen Sklaven wegen des Lösegelds an dem Sklaven: so haben wir die erforderlichen Voraussetzungen für die richtige Erklärung obiger Stellen.

Ulpian giebt demjenigen, welcher gegen die Verpfändung von Waaren Geld hergeliehen hat, in gleichem Grade ein bevorzugtes Pfandrecht, mag das Darlehn verabredeter Maßen zur Erhaltung der Waaren (vel ut salvae fiant) oder zur Bezahlung der Schiffsfracht (vel ut naulum exsolvatur) verwandt sein. Der Grund des Vorzugs liegt aber nur dort in der unmittelbaren Nutzverwendung des Darlehns, hier dagegen in dem Auskauf einer durch unmittelbare Nutzverwendung bevorzugten Pfandforderung. Das zur Bezahlung der Schiffsfracht vorgestreckte Pfanddarlehn soll bevorzugt sein, weil die Schiffsfracht selbst bevorzugt ist (nam et ipsum naulum potentius est), d. h. weil zufolge der Abfindung die Frachtforderung nebst ihrer bevorzugten Pfandklage durch fingirte Cession auf den neuen Gläubiger übergegangen ist, der gleichzeitig seine Darlehnsforderung mit dem dafür bestellten nicht bevorzugten Pfandrechte gegen den Erwerb der bevorzugten Pfandforderung Preis gegeben hat. Ebenso soll es sich verhalten, wenn gegen die Verpfändung der Waa-

⁵⁶⁾ Nach einer anderen weniger richtigen Lesart: *controversa*. — —

⁵⁷⁾ l. 5, l. 6 pr., l. 7 pr. D. qui potior. (20. 4), l. 21 §. 1 D. eod., l. 7 C. qui potior. (8. 18), nov. 97 c. 3. — l. 3 §. 1 D. qui potior. (20. 4). S. 316 ff. — Cujac. ad Papin. Resp. lib. XI (opp. IV, p. 1292 sq.). — Gluck Wb. 19 S. 336 ff. — ⁵⁸⁾ a. l. 5 pr. D. ad exhib. (10. 4) . . quia pignus tenet. — Basil. XV, 4 c. 5 pr. (Heimb. II, p. 174) . . αυτοι γὰρ αὐτὰ δοξοῦσιν ὡς ἐνέχοντες νέμεσθαι — ipsi enim eas quasi pignus videntur possidere. — Gluck Wb. 10 S. 217. — Ebenso nach griech. Rechte. Demosthen. contra Timotheum 1194 §. 18, cf. Dernburg Pfandr. Th. 1 S. 71 not. 24. — b. l. 3, l. 4 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. 4 D. de pact. (2. 14).

ren Geld vorgestreckt ist zur Bezahlung der rückständigen Landfracht (*vectura jumentorum*) oder der rückständigen Speicher- und Lagermiethe (*merces horreorum vel areae*), weil auch in diesem Falle die durch die Abfindung auf den neuen Gläubiger übertragene alte Pfandforderung durch unmittelbare Nutzverwendung vor älteren Pfandforderungen den Vorrang behauptete.

Nach Tryphonin's Bruchstücke fällt der vor seiner Kriegsgefangenschaft verpfändete Sklav, welcher von einem Dritten ausgelöst ist, unter das alte Pfandrecht zurück, sobald der Loskäufer wegen des ihm wegen des Lösegelds zustehenden Pfandrechts⁵⁹⁾ befriedigt wird. Erstatet aber der frühere Pfandgläubiger dem Loskäufer das Lösegeld, so hat derselbe sowohl wegen seiner ursprünglich eignen Forderung, als wegen des erstatteten Lösegelds ein Pfandrecht (*obligatio*). Dieses Ergebnis soll in Betreff des erstatteten Lösegelds beruhen auf dem durch eine gewisse Constitution eingeführten Quasipfandrechte (*quasi ea obligatione constitutione quadam inducta*)⁶⁰⁾, wie es eintritt, wenn ein jüngerer Pfandgläubiger den älteren zur Befestigung seines eignen Pfandrechts befriedigt (*ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa*); nur daß sich im vorliegenden Falle (in hoc sc. casu) die Sache umgekehrt verhält (*res conversa est*) und der der Zeit nach jüngere Pfandgläubiger, welcher den Sklaven aus der Kriegsgefangenschaft befreit und dem römischen Rechtsverkehre zurückgegeben, also überhaupt die Bedingung für das Wiederaufleben des Conventionalpfandrechts erfüllt hat, als ein besserer Pfandgläubiger von dem der Zeit nach älteren als einem schlechteren Gläubiger abzufinden ist.

Tryphonin giebt hiernach dem älteren Conventionalpfandgläubiger zu dem jüngeren gesetzlichen Pfandrechte des Loskäufers dieselbe Stellung, welche der jüngere Conventionalpfandgläubiger zu dem älteren Conventionalpfandrechte eines gewöhnlichen Gläubigers einnimmt. Der ältere Conventionalpfandgläubiger dringt mit der hypothekarischen Klage auf Herausgabe des Sklaven gegen den Loskäufer⁶¹⁾; dieser antwortet mit der Einrede besseren gesetzlichen Pfandrechts, wird aber durch das Angebot des Lösegelds — um nicht als Einer, *per quem stat, quominus solvatur*, sein Pfandrecht ohne Weiteres zu verlieren⁶²⁾ — genöthigt, entweder das *pretium* anzunehmen und durch wirk-

⁵⁹⁾ *E. S.* 297. — — ⁶⁰⁾ Völlig mißverstanden von Wachsen Pfandr. *Th.* 1 *S.* 521 f. — — ⁶¹⁾ *Paul. sent. rec.* II, 13 §. 8. — *E. S.* 311 ff. — 1. 1, 1. 3 *C. si antiqu. cred.* (8. 20), 1. 10 *C. qui potior.* (8. 18), 1. un. *C. etiam ob chirogr.* (8. 27). — — ⁶²⁾ 1. 6 *C. de postlim.* (8. 51), 1. 3 §. 3 *D. de lib. hom. exhib.* (43. 29).

liche oder fingirte Cession sein besseres Pfandrecht zu übertragen, oder seinerseits den Kläger wegen des schlechteren Pfandrechts auszukufen. Der Lösckäufer wählt das erstere, wie dieses auch der vom jüngeren Conventionalpfandgläubiger mit der hypothekarischen Klage angegriffene ältere Conventionalpfandgläubiger in der Regel wählen wird, ohne daß jedoch von einer wirklichen Cession die Rede ist. Ungeachtet des Mangels wirklicher Cession wird dennoch dem älteren Conventionalpfandgläubiger, welcher den Lösckäufer auskauft, ein Pfandrecht beigelegt sowohl für die ihm „mehr eigne“ Schuldforderung (*et in propriorem debiti causam*), als auch für den Betrag, hinsichtlich dessen er den Sklaven vom Lösckäufer befreiet hat (*et in eam summam, qua eum liberavit*); und zwar in der letzteren Beziehung das gesetzliche Pfandrecht des Lösckäufers als eine durch eine gewisse Constitution eingeführte quasi obligatio, ebenso wie dem jüngeren Conventionalpfandgläubiger, welcher zur Befestigung seines Pfandrechts den älteren Conventionalpfandgläubiger auskauft, dessen Pfandrecht als eine quasi obligatio zu Theil werden würde. Diese quasi obligatio, welche gleich der obligatio in der Pfandflage aufgehen muß⁶³⁾, ist nichts anderes, als die *utilis hypothecaria actio*, welche im Gegensatz zu der aus dem ursprünglichen Pfandrechte abgeleiteten directen und deshalb „mehr eignen“ Pfandforderung (*proprior causa*) auf der Fiction: *quasi dominus (actionis) esset* beruhet⁶⁴⁾ und daher dem alten Pfandgläubiger „weniger eigen“ ist.

Indem aber Tryphonin sagt: der auskaufende Pfandgläubiger erhalte eine obligatio, die er als quasi obligatio, d. h. *utiliter suo nomine* geltend machen könne, durfte er füglich verschweigen, wie der Uebergang der obligatio vom abgefundenen auf den abfindenden Gläubiger zu denken sei. Da das Pfandrecht unter Lebenden überhaupt nur durch wirkliche oder fingirte Cession übertragbar ist⁶⁵⁾ und das Pfandrecht des Lösckäufers auf dieselbe Art übertragen werden kann⁶⁶⁾, so versteht sich von selbst, daß die *utilis hypothecaria actio suo nomine*, welche nicht durch wirkliche Cession, sondern zufolge unmittelbarer Anordnung einer gewissen Constitution vom abgefundenen auf den abfindenden Gläubiger übergehen soll, auf eine fingirte Cession zurückzuführen ist.

Welches ist nun aber die Constitution, der Tryphonin die Einführung der quasi obligatio zuschreibt? Ohne Zweifel jenes oben⁶⁷⁾

⁶³⁾ l. 27 D. de noxal. act. (9. 4). C. C. 94 zu not. 21 ff. — ⁶⁴⁾ cf. l. 21 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). C. §. 43. — ⁶⁵⁾ C. C. 17, C. 94 zu not. 23. — ⁶⁶⁾ l. 19 §. 9 D. de captiv. (49. 15). C. C. 298 not. 17. — ⁶⁷⁾ C. C. 309.

abgedruckte Rescript der Kaiser Sever und Antonin, welches im Coder an der Spitze der ganzen Lehre vom *jus offerendi et succedendi* steht⁶⁸⁾ und in dieser Eigenschaft öfter citirt wird⁶⁹⁾; denn dieses von Tryphonin als kaiserlichem Rathe⁷⁰⁾ vielleicht selbst mit entworfene Rescript hat genau den von Tryphonin der erwähnten Constitution zugeschriebenen Inhalt, daß der jüngere Pfandgläubiger, welcher zur Verstärkung seines Pfandrechts den älteren Pfandgläubiger befriedigt, die Klagen des älteren Pfandgläubigers durch fingirte Cession als *utiles actiones suo nomine* erwerbe; eine Uebereinstimmung, die unsere Erklärung beider Stellen nicht wenig unterstützt.

11. Imp. Alexander A. Athenioni⁷¹⁾.

Si vendidisset, qui ante pignus accepit: persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. — P. P. Idib. Maj. Agricola et Clementino Coss. — 231.

12. Papinianus lib. 3 Responsorum⁷²⁾.

Si tamen debitor, non interveniente creditore, pignus vendiderit, ejusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget.

13. Papinianus lib. 2 Responsorum⁷³⁾.

Fidejussor conventus officio judicis assecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: Nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate juris fieri solet.

14. Marcianus lib. singul. ad formul. hypothec.⁷⁴⁾.

Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora

⁶⁸⁾ l. 1 C. qui potior. (8. 18). — — ⁶⁹⁾ l. 1 C. de his qui in prior. (8. 19). *§. §.* 319 f., 321 not. 10. — — ⁷⁰⁾ l. 50 D. de jure fisci (49. 14). — — ⁷¹⁾ l. 1 C. si antiq. cred. (8. 20). *§. §.* 225 zu not. 28. — — ⁷²⁾ l. 3 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). *§. §.* 291 ff. — — ⁷³⁾ l. 2 D. de distr. pign. (20. 5). *§. §.* 236 ff. — — ⁷⁴⁾ l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). *§. §.* 241 ff.

susceperint, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt.

Alle vier Stellen sprechen von der Nachfolge in ein Pfandrecht, welches nach dem Erlöschen der persönlichen Schuldklage⁷⁵⁾ fortbauert⁷⁶⁾, um das als satisfactio für die persönliche Schuldklage vom Verpfänder unmittelbar oder mittelbar daran gegebene Eigenthum der verpfändeten Sache in der Hand des Erwerbers gegen Pfandansprüche Dritter zu schützen⁷⁷⁾. Dieses, wie immer⁷⁸⁾, so auch hier in der Pfandklage bestehende Pfandrecht, soll gleich dem mit der persönlichen Schuldklage noch verbundenen Pfandrechte dem Auskaufsrechte anderer mit Pfandrechten an derselben Sache versehener Gläubiger unterliegen. Bloß die durch den Pfandverkauf des vorstehenden Gläubigers neben dem Eigenthume der verpfändeten Sache mittelst fingirter Cession auf den Käufer übertragene utilis hypothecaria actio ist der Abfindung nachstehender Gläubiger, wie der Abfindung des Schuldners selbst entzogen⁷⁹⁾, wenn nicht der Pfandkäufer als Bürge oder als zweiter Pfandgläubiger dem Schuldner gegen Erstattung seiner Auslagen und sonstigen Forderungen zur Rückgabe des Gekauften verpflichtet ist⁸⁰⁾, und ebendaher auch dem dritten Pfandgläubiger die Abfindung gestatten muß⁸¹⁾.

Das gegenseitige Verhältniß der Parteien ist aber der Art, daß der schlechtere Pfandgläubiger gegen den besseren Pfandgläubiger einen Anspruch auf Dulden des Auskaufs des besseren, oder auf Thun des Auskaufs des schlechteren Pfandrechts, und der bessere Pfandgläubiger gegen den schlechteren Pfandgläubiger sowohl wegen seines besseren Pfandrechts, als auch wegen seines Eigenthums einen unbeschränkten Anspruch auf Dulden des Auskaufs des schlechteren Pfandrechts hat⁸²⁾. Das mit Beziehung auf das schlechtere Pfandrecht gemachte Zahlungsangebot wird also entkräftet, wenn der Gegner seinerseits entweder mit Beziehung auf sein besseres Pfandrecht oder mit Beziehung auf sein Eigenthum dem schlechteren Pfandgläubiger Zahlung anbietet. — Wie aber, wenn der bessere Pfandgläubiger das Zahlungsangebot des schlechteren Pfandgläubigers dadurch unwirksam zu machen sucht, daß er mit Beziehung auf sein Eigenthum sofort zum Rückkauf des besseren Pfandrechts sich erbietet, ohne zugleich zum Auskauf des jenseitigen schlechteren Pfandrechts bereit zu sein? Dann würde ihm eine

⁷⁵⁾ l. 4 C. de evict. (8. 45). — — ⁷⁶⁾ l. 2 C. de lit. pign. (8. 31).
 C. C. 111 zu not. 149. — — ⁷⁷⁾ C. C. 222 ff., C. 231 ff. — — ⁷⁸⁾ l. 27 pr.
 D. de noxal. act. (9. 4). C. C. 94 zu not. 21. — — ⁷⁹⁾ C. C. 227 not. 36.
 — — ⁸⁰⁾ C. C. 235 not. 89. — — ⁸¹⁾ C. C. 239 u. 243. — — ⁸²⁾ C. C.
 293 u. 311 ff.

replicatio doli entgegenstehen, weil der schlechtere Pfandgläubiger vermöge seiner Pfandklage und des damit verbundenen Verkaufsrechts dem vom Verpfänder abgeleiteten Eigenthume jedes Dritten überlegen ist⁸³). Oder sollte es nicht *dolus* sein, auf Grund seines Eigenthums den Auskauf seines besseren Pfandrechts verhindern zu wollen, ohne seinerseits den Auskauf des schlechteren Pfandrechts anzubieten, obgleich man sich der Pfandklage und dem Verkaufsrechte des zweiten Pfandgläubigers nicht auf Grund des Eigenthums, sondern nur auf Grund des besseren Pfandrechts entziehen kann, und auch auf Grund des besseren Pfandrechts wider das Zahlungsangebot des zweiten Pfandgläubigers nur durch ein umgekehrt dem zweiten Pfandgläubiger gemachtes Zahlungsangebot entziehen kann?

Die *replicatio doli* ist es also, welche das von allen vier Stellen bezeugte Resultat erklärt, daß der bessere Pfandgläubiger, welcher nicht seinerseits zum Auskauf des schlechteren Pfandgläubigers geneigt ist, ungeachtet seines Eigenthums der verpfändeten Sache den Auskauf seines besseren Pfandrechts dulden muß, so daß der Pfandbesitz und die Pfandklage erster Priorität nebst dem damit etwa verbundenen Verkaufsrechte auf den auskaufenden Pfandgläubiger übergeht und nur das Eigenthum der verpfändeten Sache in der Hand des ausgekauften Gläubigers zurückbleibt.

Die Auskaufsumme besteht nach dem Rescripte des Kaisers Alexander, welches voraussetzt, daß der bessere Pfandgläubiger mit Vorbehalt seines Pfandrechts das Eigenthum der verpfändeten Sache an Zahlungs Statt empfangen oder gekauft und den Kaufpreis mit seiner persönlichen Forderung compensirt habe⁸⁴), in demjenigen Betrage, welcher dem Pfandbesitzer auf Grund des früheren Contracts geschuldet wird (*quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est*)⁸⁵), und nach Papinian und Marcian, welche unterstellen, daß entweder durch den Verkauf des Verpfänders und durch Abfindung eines Pfandgläubigers ein beliebiger Dritter, oder durch den Pfandverkauf eines Pfandgläubigers der Bürge oder der zweite Pfandgläubiger Eigenthum und Pfandrecht erworben habe, in dem für den Erwerb des Pfandrechts dem ursprünglichen Pfandgläubiger bezahlten Betrage der ursprünglichen Pfandforderung, und zwar, wie Papinian hinzusetzt, mit Zinsen der Zwischenzeit. Der Rechts-

⁸³) arg. l. 88 pr. §. 1 D. ad leg. Falcid. (35. 2), cf. Hänel im Arch. f. civ. Pr. Bd. 12 S. 427 Nr. XIV. — — ⁸⁴) cf. l. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 3 C. de iut. pign. (8. 31). — — ⁸⁵) Die Basil. XXV, 4 c. 17 (Heimb. III, p. 78) übersetzen: *προσφέρων μέντοι τὸ χρέος* — oblato tamen debito.

grund für dasjenige, welches nach dem kaiserlichen Rescripte propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, ist offenbar derselbe, welchen Paulus in einem ähnlichen Falle erloschener persönlicher Forderung und dennoch fortdauernden Pfandrechts dahin ausdrückt: remanet propter pignus naturalis obligatio⁸⁶⁾. Wegen des Pfandrechts bleibt nämlich insofern auch nach dem Erlöschen der persönlichen Forderung eine Naturalobligation zurück, als der hypothekarischen Klage fortwährend die Einreden entgegenstehen: si non debitum solutum, eove nomine satisfactum est, aut per creditorem stat, quominus solvatur satisve fiat⁸⁷⁾; Einreden, welche jedenfalls ein, wenn auch klagloses, so doch zahlbares debitum voraussetzen⁸⁸⁾.

Auch Papinian und Marcian lassen den auskaufenden Pfandgläubiger nur den Betrag dieser Naturalschuld bezahlen, obgleich Papinian die Zahlung auf Zinsen der Zwischenzeit ausdehnt; denn dabei setzt er ohne Zweifel eine ursprüngliche verzinsliche Schuld voraus⁸⁹⁾, oder doch wegen des Rechts, selbst bei einer pecunia gratuita bis zum Belaufe gesetzlicher Zinsen an die Früchte des Pfandes sich zu halten⁹⁰⁾, jedenfalls eine solche Schuld, welche als Naturalobligation fortwirkend neue klaglose Zinsschulden hervorgetrieben hat, und dergleichen Zinsschulden auch ferner bei dem auskaufenden Pfandgläubiger hervortreiben wird, bis dasselbe Pfandrecht, welches nach der dem Gläubiger in dem Eigenthume der verpfändeten Sache zu Theil gewordenen Befriedigung die Naturalschuld erhalten und in seinem Gefolge auf den auskaufenden Pfandgläubiger übertragen hat, durch die von der Pfandsache zu ziehenden Früchte und durch den Pfandverkauf die Mittel zur endlichen Tilgung derselben darbietet.

Das Mittel, die Abfindung eines solchen nur mit einer propter pignus fortdauernden Naturalobligation versehenen Pfandrechts zu erzwingen, ist nach dem kaiserlichen Rescripte dasselbe, welches auch bei Pfandrechten mit klagbaren Schuldforderungen anwendbar ist⁹¹⁾. Der zweite Pfandgläubiger stellt gegen den auszukaufenden Pfand- und Eigenthumsbesitzer die Pfandklage an, indem er gleichzeitig Zahlung anbietet und wirkliche oder fingirte Cession der gegnerischen Pfandklage nebst Herausgabe des Pfandbesitzes fordert. Der Erfolg der Abfindung

⁸⁶⁾ l. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — ⁸⁷⁾ C. C. 107 f. — —

⁸⁸⁾ l. 59 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1) . . . Igitur non tantum retentio, sed et petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetitur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. — — ⁸⁹⁾ l. 20 D. qui potior. (20. 4) . . . oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque ejus. — — ⁹⁰⁾ l. 8 D. in quib. caus. pign. (20. 2), cf. l. 26 pr. D. de condict. ind. (12. 6). C. C. 240, 293. — — ⁹¹⁾ C. C. 310 not. 6.

wird also beim Mangel wirklicher Cession in der durch fingirte Cession bewirkten Uebertragung einer utilis hypothecaria actio bestehen, die als eine dem Quasiceffionar im eignen Namen gebührende Klage weiterer Uebertragung durch wirkliche oder fingirte Cession fähig ist und daher von Papinian und Marcian in der Hand des Quasiceffionars unbedenklich als tauglicher Gegenstand einer abermaligen Quasiceffion dargestellt wird. Der neue Auskauf überträgt die bereits früher ausgekaufte Pfandklage ohne klagbare Hauptforderung in derselben Weise durch fingirte Cession, wie er die bereits früher ausgekaufte Pfandklage mit klagbarer Forderung übertragen würde, ohne daß auch hier an eine Succession anderer Art zu denken wäre.

15. Marcianus lib. singul. ad formul. hypothecar. ⁹²⁾.

Papinianus lib. 11 respondit: Si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis acceperit, in suum locum eum succedere. Sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam, quam postea credidit: et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

Die sogenannte successio in suum locum, von welcher Marcian nach Papinian's Vorgange ⁹³⁾ redet, ist allerdings ein auf den ersten Blick überraschendes Rechtsverhältniß, welches jüngst Bachofen ⁹⁴⁾ und Dernburg ⁹⁵⁾ die schärfsten Waffen gegen die von uns vertheidigte Theorie einer der pfandrechtlichen Succession zu Grunde liegenden fingirten Cession geliehen hat, gleichwohl aber nur in seinem Wesen genauer erkannt zu werden braucht, um die Ueberzeugung von dem Ungrunde aller gegen unsere Lehre geschleuderten Einwürfe zu befestigen.

Bekanntlich wird dem Gläubiger das Pfandrecht, welches nicht durch Zahlung oder selbstverschuldete Nichtzahlung, sondern durch satisfactio, d. h. durch eine in seinem Willen begründete Thatsache ⁹⁶⁾, aufhört, nicht über seine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung hinaus entzogen ⁹⁷⁾. Dasjenige Pfandrecht, welches unter der Voraussetzung einer Gegenleistung aufgegeben wird, geht daher nicht gänzlich zu Grunde, sondern ist nur unwirksam, so lange die Einrede der satisfactio wirksam ist, wird aber sofort wieder wirksam, sobald die

⁹²⁾ l. 12 §. 5 D. qui potior. (20. 4). C. C. 126 not. 60. — ⁹³⁾ l. 3 pr. D. qui potior. (20. 4). Papinianus lib. 11 Responsor. — ⁹⁴⁾ Pfandrecht Th. I C. 528. — ⁹⁵⁾ Arch. f. civ. Pr. Bd. 41 C. 22 ff. — ⁹⁶⁾ l. 49 D. de solut. (46. 3), l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 9 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7): Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum. — C. C. 108 f. — ⁹⁷⁾ l. 4 §. 2, l. 10 pr. §. 1 D. quib. mod. pign. solv. (20. 6).

Einrede der *satisfactio* z. B. durch *replicatio doli* wirksam zu sein aufhört⁹⁸⁾; denn wenngleich die persönliche Schuldfrage durch die *satisfactio* für immer aufgehoben ist, so gilt doch hinsichtlich des Pfandrechts die Regel: *vinculum pignoris durat etiam personali actione remota*⁹⁹⁾; eine Regel, welche dadurch ausführbar wird, daß auch nach aufgehobener Schuldfrage propter *pignus* eine Naturalobligation übrig bleibt¹⁰⁰⁾, und der Pfandfrage den zu ihrem Bestande erforderlichen Rückhalt¹⁰¹⁾ gewährt. So kommt es z. B., wenn diejenige *satisfactio*, welche in einer der einen Schuld durch *novatio* substituirt anderen Schuld besteht¹⁰²⁾, unwirksam wird, etwa durch das *SCt. Vellejanum*, weil eine Frau, oder durch *restitutio in integrum*, weil ein Minderjähriger *expromittirt* hat: daß die Herstellung des alten Zustandes zwar neuer persönlicher Klagen (*restitutoriae* oder *rescissoriae actiones*), aber nicht einer neuen Pfandfrage bedarf, indem vielmehr die alte Pfandfrage ohne Weiteres mit einer gegen die *exceptio satisfactionis* gegebenen *replicatio doli* anzustellen ist¹⁰³⁾. Das Pfandrecht ist dann freilich genau genommen nur mit einer propter *pignus* fortdauernden Naturalobligation verbunden, da die ursprünglich damit verbunden gewesene persönliche Klage erloschen und statt derselben eine direct jeder pfandrechtlichen Sicherung entbehrende *utilis actio* hergestellt worden ist; allein der Gläubiger genießt desungeachtet derselben Sicherung, als ob das Pfandrecht unmittelbar mit der rescissorischen *utilis actio* verknüpft wäre; denn die propter *pignus* fortdauernde Naturalobligation und die rescissorische *utilis actio* haben den nämlichen Inhalt und stehen in einer solchen Beziehung zu einander, daß die Zahlung der einen die Aufhebung der anderen — wenn nicht *ipso jure*, so doch wenigstens *ope exceptionis doli* — nach sich zieht, daß eben daher auch die Sicherung der einen die Sicherung der anderen im Gefolge hat¹⁰⁴⁾. Es ist ein Verhältniß eingetreten, wie in dem Falle, wenn der Gläubiger durch Belau-

⁹⁸⁾ l. 5 C. de remiss. pign. (8. 26), l. 8 §. 7 D. quib. mod. pign. (20. 6). — — ⁹⁹⁾ l. 2 C. de lit. pign. (8. 31). — C. C. 111 not. 149. — — ¹⁰⁰⁾ l. 59 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — ¹⁰¹⁾ l. 129 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17), l. 43 D. de solut. (46. 3). — — ¹⁰²⁾ l. 9 §. 3, l. 10 D. de pignor. act. (13. 7). — — ¹⁰³⁾ a. l. 13 §. 1 D. ad SCt. Vellej. (16. 1). Gaj. — De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus: cum quasi Serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit, quia verum est, convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam. — cf. l. 14 D. eod. — b. l. 50 D. de minor. (4. 4). Pompon. . . ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum. — cf. Büchel Wirkung der Klagenverjährung C. 58 ff. — — ¹⁰⁴⁾ l. 38 §. 5 D. de solut. (46. 3). African. . . nihilominus tamen pignus obligatum manebit. — Ueber ein gleiches Verhältniß vergl. C. 230 f.

gung des persönlichen Schuldners die eigentlich durch das Pfandrecht gesicherte Klage verloren und statt derselben *ex causa judicati*¹⁰⁵⁾ eine neue an sich der pfandrechtlichen Sicherung entbehrende Klage wieder gewonnen hat; denn da trotz der *novatio necessaria* des Pfandrecht bestehen geblieben ist¹⁰⁶⁾ mit einer *naturalis obligatio*¹⁰⁷⁾, deren Inhalt den der *civilis obligatio ex causa judicati* dergestalt deckt, daß die Zahlung der einen die Aufhebung der anderen herbeiführt¹⁰⁸⁾, so erhält die *actio judicati* durch das unmittelbar der *naturalis obligatio* verbundene Pfandrecht mittelbar gleichfalls pfandrechtliche Sicherung¹⁰⁹⁾. Nur die etwa durch Zeugen verwirkte Strafe¹¹⁰⁾ bleibt von dieser Wohlthat ausgeschlossen¹¹¹⁾.

Dieselben Grundsätze kommen bei der sogenannten *successio in suum locum* zur Anwendung.

Das römische Recht gestattet nämlich in der That dem Pfandgläubiger, welcher die Pfandschuld, sei es durch denselben Schuldner¹¹²⁾, sei es durch einen anderen Schuldner¹¹³⁾, noviren läßt und dadurch der Regel nach die früheren Pfandrechte verliert¹¹⁴⁾, ausnahmsweise insofern, als er für die neu entstandene Schuld gültig die alten Pfänder wieder annimmt¹¹⁵⁾, für das neu erhaltene Pfandrecht bis zum Betrage der alten Schuld die alte Priorität anzusprechen, als ob er in seine eigne Stelle succedirt wäre; allein daß hier von einer wirklichen Succession keine Rede sein soll, ist nach Papinian, welcher im Urtexte der von Marcian citirten Stelle¹¹⁶⁾ nur von einem *tanquam in suum locum succedere* spricht, von Marcian also nur mit ungenauer Wiedergabe seiner Worte abgeschrieben ist, klar genug. Der Vorgang, welcher den einer *successio in suum locum*

¹⁰⁵⁾ l. 4 §. 7, l. 43, l. 44 D. de re judic. (42. 1). — — ¹⁰⁶⁾ S. S. 108 zu not. 107, S. 110 not. 133. — — ¹⁰⁷⁾ S. S. 109 not. 128. — — ¹⁰⁸⁾ cf. l. 3 pr. §. 1 D. de usur. (22. 1), l. 1 C. de re jud. (7. 52), Buchs Einfluß d. Prec. Wt. 1 S. 336 ff. — — ¹⁰⁹⁾ l. 13 §. 4 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 8 C. eod. (8. 14), l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — — ¹¹⁰⁾ Gaj. IV, 9. 171. — Paul. sent. rec. I, 19 §. 1. — l. 7 D. de solut. (46. 3). — — ¹¹¹⁾ l. 13 §. 6 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ¹¹²⁾ l. 3 pr., l. 12 §. 5, l. 21 pr. D. qui potior. (20. 4), l. 11 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7). — cf. Cujac. (opp. IV, p. 1291 sq.). Schef. 2 zu Basil. XXV, 1 c. 11 pr. §. 1 (Heimb. III, p. 57). — — ¹¹³⁾ l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — — ¹¹⁴⁾ l. 11 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 18, l. 30 D. de novat. (46. 2), l. 43 D. de solut. (46. 3), l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — — ¹¹⁵⁾ l. 30 D. de novat. (46. 2). — Schef. zu Basil. Synops. XXV, 5 c. 31 (Heimb. III, p. 87 in not. k). — — ¹¹⁶⁾ l. 3 pr. D. qui potior. (20. 4). — Papinian. lib. 11 Responsor. — In der Praxis wird dieses Verhältniß häufig so ausgedrückt, daß der neue Schuldner bei dem Erwerbe der vom alten Schuldner verpfändeten Gegenstände die Pfandschuld des alten seiner Verpflichtung vom Gläubiger entlassenen Schuldners ohne Novation übernehme.

ähnlichen Erfolg herbeiführt, wird vielmehr so gedacht, wie wir es bei dem Pfandgläubiger kennen gelernt haben, welcher sich zum Schutze der in dem Eigenthume der verpfändeten Sache empfangenen satisfactio sein Pfandrecht, der erloschenen persönlichen Schuldforderung ungeachtet, vorbehält¹¹⁷⁾. Auch demjenigen Pfandgläubiger, welcher für eine alte Pfandforderung in einer neuen Pfandforderung satisfactio empfängt und zwar die alte Schuldforderung durch novatio verliert, für die neue Schuldforderung aber die alten Pfänder sich abermals bestellen läßt, wird nicht ohne Grund die Absicht zugeschrieben, auf den Fall der Noth, oder — wie man auch sagen kann — um das neue mit einer klagbaren Schuldforderung verbundene Pfandrecht gegen die demselben von anderen Pfandrechten drohende Gefahr zu bestärken (confirmare), das alte Pfandrecht, wenn auch begreiflich als statt der früheren obligatio civilis nur noch mit einer propter pignus fortdauernden Naturalobligation versehen, sich vorzubehalten. Dieses vorbehaltene Pfandrecht wird nach dem Willen der Parteien wirksam, sobald durch Pfandrechte Dritter dort das als satisfactio angenommene Eigenthum, hier das als satisfactio empfangene neue Pfandrecht gefährdet wird, indem der bis dahin gegen die Klage aus dem alten Pfandrechte zu erhebenden exceptio satisfactionis die replicatio doli und der bis dahin gegen die Einrede aus dem alten Pfandrechte vorzubringenden replicatio satisfactionis die duplicatio doli entgegentritt¹¹⁸⁾. Zum Beweise dient, daß die alte Priorität sich nicht hinaus erstreckt, weder über den Betrag der propter pignus zurückgebliebenen Naturalobligation, noch über den Umfang der schon für die alte Obligation verpfändet gewesenen Gegenstände, wenn gleich das neu bestellte Pfandrecht eine höhere Forderung zu sichern bestimmt ist und außer den früher verpfändeten Sachen noch andere Sachen umfaßt¹¹⁹⁾. Der eventuelle Rückgriff zum alten Pfandrechte ist also wirklich einer successio in suum locum ähnlich, ohne daß aus diesem bildlichen Ausdrucke auf eine Gleichheit des der successio in alterius locum zum Grunde liegenden Principis geschlossen werden darf. Die Bestärkung des neuen Pfandrechts wird vielmehr dadurch erreicht, daß die Unzulänglichkeit seiner schwächeren Kraft sofort das Wiederaufleben des alten stärkeren Pfandrechts zur Folge haben würde, daß aber gerade das Bestehen dieses Erfolges, soweit der Wirkungskreis des neuen und der Wirkungskreis des alten Pfandrechts sich deckt, jeden Angriff auf die schwächere Wirksamkeit des neuen Pfandrechts verhindert. Mit einem Worte, es existiren that-

¹¹⁷⁾ l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20). S. S. 342 ff. — ¹¹⁸⁾ S. S. 347 not. 98. — ¹¹⁹⁾ l. 3 pr. D. qui potior. (20. 5).

sächlich zwei verschiedene Pfandrechte, welche dem Pfandgläubiger zur Seite stehen, das neue schwächere Pfandrecht und für den Fall der Unzulänglichkeit desselben das alte stärkere Pfandrecht.

Nach dieser Auffassung ist es denn auch ganz natürlich, daß beide Pfandrechte in ihrer Verbindung dem Ausbietungsrechte dritter Pfandgläubiger unterliegen; denn was sollte einer wirklichen oder fingirten Session derselben entgegenstehen? Des Ausbietungsrechts gedenken namentlich Marcian's Worte, die nunmehr in jeder Beziehung verständlich sind.

X hat gegen die Verpfändung eines Landguts an erster Stelle von A 1000 geliehen; darauf hat X gegen die Verpfändung desselben Landguts an zweiter Stelle von B 2000 geliehen; endlich hat A unter Novation seiner ersten Forderung eine neue Forderung von 2000 gegen X begründet und dafür nicht bloß wieder das Landgut, sondern außerdem auch andere Gegenstände oder gar das ganze übrige Vermögen des X zum Pfande erhalten ¹²⁰⁾.

Das neue Pfandrecht des A übertrifft also das alte Pfandrecht desselben erstens hinsichtlich der gesicherten Forderung um 1000, zweitens hinsichtlich der sichernden Gegenstände um das außer dem Landgute noch sonst verpfändete Vermögen des X. Gleichwohl hat A dadurch, daß er sich für die mit Insichaufnahme der alten Forderung neu begründete größere Forderung neben neuen Pfandrechten das alte Pfandrecht wieder hat bestellen lassen, seinen Willen zu erkennen gegeben, zur Befestigung des neuen Pfandrechts das alte Pfandrecht, wenn auch nur mit einer propter pignus fortbauernnden Naturalobligation, sich vorzubehalten. A hat hiernach zwei Pfandlagen; die eine aus der letzten Verpfändung auf das Landgut und auf das übrige verpfändete Vermögen des X zur Sicherung einer klagbaren Schuldforderung von 2000; die andere im Fall der Unzulänglichkeit jener Pfandlage wirksam werdende Pfandlage aus der ersten Verpfändung auf das Landgut zur Sicherung einer klaglosen Schuldforderung von 1000, so jedoch, daß die Zahlung der klagbaren die Tilgung der klaglosen und umgekehrt die Zahlung der klaglosen in gleicher Höhe die Tilgung der klagbaren Forderung nach sich zieht. Die principaliter in Frage kommende Pfandlage des A aus der letzten Verpfändung auf das Landgut und auf das übrige verpfändete Vermögen des X steht in Betreff des Landguts der Pfandlage des B zur Sicherung von 2000 nach; die eventuell zur Geltung gelangende Pfandlage des A aus der ersten Verpfändung auf das Landgut zur Sicherung der klaglosen Forderung von 1000 geht der Pfandlage des B zur Sicherung von

¹²⁰⁾ cf. l. 1 D. de distr. pign. (20. 5).

2000 vor. Folgeweise muß der von A in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger unternommene Verkauf des Landguts zum Preise von 2000 die Wirkung äußern, daß A vermöge seines eventuell zur Geltung kommenden Pfandrechts aus der ersten Verpfändung seine klaglose Forderung zu 1000 bezahlt macht und dadurch zugleich bis zu derselben Höhe seine klagbare Forderung zu 2000 tilgt; daß A dagegen den Rest des Kaufgelbs zu 1000 dem B wegen dessen im Uebrigen vorgehenden Pfandrechts am Landgute herausgeben muß¹²¹⁾, und dazu durch die dem B eventuell vom Verpfänder X verpfändete *pignoratitia actio* gezwungen werden kann¹²²⁾, mithin wegen des Restes seiner klagbaren Forderung zu 1000 an das übrige ihm verpfändete Vermögen des X sich zu halten hat, an dem Kaufgelbe des Landguts aber leer ausgeht, wie auch der Pfandgläubiger B hinsichtlich der Hälfte seiner Forderung zu 1000 unbefriedigt bleibt.

Will der Pfandgläubiger B dieses Ergebnis vermeiden, so hat er den A vor dem Verkaufe des Landguts anzubieten, jedoch nicht bloß hinsichtlich der am Landgute ihm vorgehenden 1000 anzubieten, sondern auch hinsichtlich der am Landgute ihm nachstehenden anderen 1000, weil A sonst vermöge seines nachstehenden Pfandrechts das ihm ausgetobene Pfandrecht zu 1000 dem B sofort aufs neue anzubieten könnte¹²³⁾. B ist also genöthigt, um das ihm vorgehende Pfandrecht des A wegen 1000 zu erwerben, auch das ihm nachstehende Pfandrecht des A wegen der anderen 1000 zu übernehmen, hat dafür aber auch den Vortheil, nicht bloß das fremde Pfandrecht am Landgute, sondern auch das fremde Pfandrecht an dem betreffenden sonstigen Vermögen des X zu erwerben; denn wenn auch der Auskauf zunächst dem mit dem Pfandrechte des B am Landgute zusammenstehenden Pfandrechte des A gilt, so geht doch durch fingirte, wie durch wirkliche Cession neben dem zunächst in Frage stehenden Pfandrecht am Landgute auch die dazu gehörige persönliche Forderung des A auf den auskaufenden Gläubiger B über¹²⁴⁾, und der auf fingirter, wie der auf wirklicher Cession beruhende Uebergang der persönlichen Hauptforderung umfaßt wieder alle als Accessionen zu derselben gehörigen Pfandrechte und Bürgschaften¹²⁵⁾, so daß auf diese Weise auch das Pfandrecht des A am betreffenden sonstigen Vermögen des X dem auskaufenden Gläubiger B zu Theil fällt¹²⁶⁾; ein Erfolg, der von der Billigkeit unabweislich verlangt wird, und nach unserer Theorie ebenso gewiß sich von selbst versteht, als er nach der Theorie

¹²¹⁾ l. 20 D. qui potior. (20. 4). — — ¹²²⁾ C. C. 126 not. 60, C. 94 zu not. 12. — — ¹²³⁾ C. C. 313 ff. — — ¹²⁴⁾ C. C. 331 ff. — — ¹²⁵⁾ C. C. 27 ff. — — ¹²⁶⁾ cf. l. 1 D. de distr. pign. (20. 5).

unserer Gegner unerklärlich zu sein scheint, daher abermals die Richtigkeit unserer Theorie bestätigt.

Wir schließen nunmehr die Reihe derjenigen Gesetziellen, welche die Ansicht unterstützen, daß das *jus offerendi et succedendi* in dem durch fingirte Cession bewirkten Uebergange abgeleiteter Klagen (*utiles actiones*) vom abgefundenen auf den abfindenden Gläubiger besteht. Der Gesamteindruck aller vorggeführten Beweisgründe wird hoffentlich schlagend genug sein, um die Ueberzeugung festzustellen, daß unsere in allen wesentlichen Punkten auf dem Juristenrechte beruhende Lehre nach wissenschaftlicher Consequenz auf dem angegebenen Wege durch bloße Entwicklung gegebener Grundsätze des gemeinen Rechts zu den in der Rechtsammlung bezeugten Ergebnissen nicht bloß sehr wohl gelangen konnte, sondern auch wirklich gelangt ist und schon deshalb wirklich gelangt sein muß, weil das römische Recht gewiß nicht den überall vorwaltenden Geist edler Einfachheit gerade hier verleugnet haben wird, um statt des in der fingirten Cession von selbst sich anbietenden, nach allen Richtungen hin bekannten und jedem Bedürfnis genügenden Mittels nach den Meinungen unserer Gegner zu Gott weiß welchen absonderlichen und verschiedenartigen Successionsformen zu greifen. — Daß aber gleich den Sachpfandgläubigern auch den Forderungspfandgläubigern unter einander das nöthigenfalls selbst wider den Willen des abzufindenden Pfandgläubigers durch Deposition der vergeblich angebotenen Abfindung durchzusetzen das *jus offerendi et succedendi* eingeräumt werden muß, folgt aus der im römischen Rechte zur Geltung gelangten Ansicht, daß die Grundsätze des Pfandrechts überhaupt auch das Forderungspfandrecht beherrschen, so selbstverständlich, daß es kaum besonders bemerkt zu werden braucht. Ebenso selbstverständlich folgt hinsichtlich der Austerpfandgläubiger, daß das *jus offerendi et succedendi* diesen nicht bloß unter einander zusteht, sondern daß dasselbe auch in dem Verhältnisse der Austerpfandgläubiger zu den Mitpfandgläubigern ihres Austerverpfänders und umgekehrt zur Anwendung kommen muß, da die Austerpfandgläubiger nur als pfandrechtliche Vertreter ihres Austerverpfänders gelten können.

VI. Abfindung bevorzugter Handschriftsgläubiger durch einfache Handschriftsgläubiger.

- §. 36. Wenn bevorzugte und einfache Handschriftsgläubiger gegen einen unsichern Schuldner Klage erheben, so wird auf Antrag der bevorzugten Gläubiger der Proceß der einfachen Gläubiger so lange stillgestellt, bis das Verfahren wegen der bevorzugten Forderungen beendigt und

das erstrittene Urtheil in Vollzug gesetzt worden ist¹⁾. Die einfachen Gläubiger können diese Nachteile nur abwenden, wenn sie entweder caviren, im Fall die bevorzugten Gläubiger künftig ein günstiges Urtheil erstreiten würden, das Empfangene wieder herausgeben zu wollen²⁾, oder wenn sie den bevorzugten Gläubigern Zahlung anbieten.

Dieses Zahlungsangebot darf nicht zurückgewiesen werden, wenn der Prätor den bevorzugten Gläubigern wegen ihres nunmehr begründeten Annahmeverzugs³⁾ die Klagen nicht versagen soll⁴⁾. Der Prätor verpflichtet aber auch die bevorzugten Gläubiger, gegen Empfang der Zahlung den einfachen Gläubigern zu Schutz und Stärkung ihres Forderungsrechts Cession zu ertheilen; eine Cession, welche von den Römern theils im späteren Rechte, theils schon im früheren Rechte besonders begünstigt ist; im späteren Rechte insofern, als sie nach Uebereinkunft der Parteien zu einem den Nennwerth der Forderung nicht erreichenden Preise ertheilt werden kann, ohne den Beschränkungen der *lex Anastasiana* zu unterliegen⁵⁾; schon im früheren Rechte sogar in dem Maße, daß sie ohne Weiteres durch eine mit der Zahlung verknüpfte Fiction ersetzt wird, kraft deren der Prätor auf den einfachen Gläubiger zu Schutz und Stärkung seines Rechts *utiles actiones suo nomine* übergehen läßt.

Berücksichtigt man nun, daß die gegen wirkliche oder fingirte Cession erfolgende Zahlung mehr als Kaufpreis der Forderung, denn als Erfüllung der Schuld⁶⁾, und mehr als ein eignes Geschäft des abfindenden Gläubigers in dessen Namen, denn als ein fremdes Geschäft des Schuldners im Namen des Schuldners geleistet wird⁷⁾: so folgt, daß bei ihr eine Vertretung des abfindenden Gläubigers durch dritte Personen, und unter diesen dritten Personen selbst durch den Schuldner zulässig sein muß, da selbst der Schuldner das ihm zur Abfindung des bevorzugten Gläubigers von dem einfachen Gläubiger

1) l. 52 pr. §. 1 D. de pecul. (15. 1), l. 3 D. quod cum eo, qui in alien. pot. (14. 5), cf. Cujac. (opp. V. p. 980 sqq.) — Grandé im Arch. für civ. Proc. Bd. 16 S. 180 not. 10. — — 2) l. 52 §. 1 D. de pecul. (15. 1), cf. l. 5 §. 19, l. 6 D. de tribut. act. (14. 4). — — 3) l. 72 §. 2 D. de solut. (46. 3). — — 4) l. 40 §. 2 D. de pact. (2. 14) in Verbindung mit l. 30 D. de solut. (46. 3), l. 21 D. de judic. (5. 1), l. 16 D. judicat sol. (46. 7), l. 73 D. de procur. (3. 3), l. 15 D. de exc. doli. (44. 4). — Die Einwürfe v. Cujac. (opp. IV. p. 839 D), daß nicht invito creditore ein Anderer für den Schuldner zahlen könne, widerlegen sich durch l. 72 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 11 §. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — Auch die von Rustrat (über negot. gest. S. 69 f.) gemachten Beschränkungen scheinen ohne Grund. — — 5) l. 22 C. mand. (4. 35) . . . exceptis his (cessionibus), quas debitor pro debito . . . accepit. — S. S. 41 ff. — — 6) S. 60 not. 69. — S. 289 not. 2. — — 7) S. 289 not. 3. 4.

§ 3 m id., Cessionslehre.

mit oder ohne Eigenthumsübertragung eingehändigte Geld als Geld des einfachen Gläubigers an den bevorzugten Gläubiger bringt, wenn er dasselbe dem bevorzugten Gläubiger im Namen des einfachen Gläubigers übergiebt⁹⁾. Weitere Folge ist, daß die vom Schuldner mit vorgängiger oder nachträglicher Genehmigung des einfachen Gläubigers in dessen Namen geschehene Abfindung des bevorzugten Gläubigers nicht weniger, als die vom einfachen Gläubiger in Person geschehene Abfindung des bevorzugten Gläubigers den auf fingirter Cession beruhenden Uebergang der bevorzugten Forderung vom abgefundenen auf den abfindenden Gläubiger herbeiführt und als schließliches Ergebniß auf einen bloßen Gläubigerwechsel hinsichtlich der bevorzugten Forderung selbst dann hinausläuft, wenn ein neuer Gläubiger zur Abfindung eines bevorzugten Gläubigers dem Schuldner Geld borgt und der Schuldner die Abfindung vollzieht; denn wenn auch das im Auftrage und Namen des neuen Gläubigers dem bevorzugten Gläubiger übergebene Geld in Gedanken erst durch *constitutum possessorium* aus dem Eigenthume des Schuldners in das Eigenthum des neuen Gläubigers zurückgekehrt sein muß, bevor es als Eigenthum des neuen Gläubigers dem bevorzugten Gläubiger übereignet werden kann, so erfolgen doch beide Uebereignungen in Wirklichkeit so sehr zu gleicher Zeit, daß die Römer kein Bedenken tragen, dieselben in der doppelten Richtung wirksam werden zu lassen, daß sie zugleich dem Schuldner die Befreiung von der Darlehensforderung des neuen Gläubigers¹⁰⁾ und dem neuen Gläubiger den quassessionsweisen Erwerb der bevorzugten Forderung des alten Gläubigers verschaffen. Es wiederholt sich hier — um es mit einem Worte zu sagen — dieselbe Erscheinung, welche wir schon bei der Abfindung des einen Pfandgläubigers durch den vom Schuldner vertretenen anderen Pfandgläubiger kennen gelernt haben¹¹⁾, wie nachstehende Stellen beweisen:

Ulpianus lib. 21 ad Sabinum¹²⁾.

In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt.

Ulpianus lib. 63 ad Edictum¹³⁾.

Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. Pervenisse autem quemadmodum accipimus? utrum si statim profecta est ab inferiori-

⁹⁾ l. 22 §. 7 D. mand. (17. 1) und §. 289 not. 5. — — ¹⁰⁾ §. 290 not. 6. — — ¹¹⁾ §. §. 306 ff., §. 334 ff. — — ¹²⁾ l. 2 D. de cess. bon. (42. 3). — — ¹³⁾ l. 24 §. 3 D. de reb. auctor. jud. poss. (42. 5).

bus ad privilegiarios? an vero et si per debitoris personam: hoc est, si ante ei numerata sit, et sic debitoris facta creditori privilegiario numerata est? Quod quidem potest benigne dici, si modo non post aliquod intervallum id factum sit.

In beiden Stellen bezeugt Ulpian, daß auch bei persönlichen Klagen diejenigen Gläubiger, welche beim Contracte ausmachen, daß mit ihrem Gelde frühere bevorzugte Gläubiger abgefunden werden, in deren Stelle rücken, wenn ihr Geld wirklich an die bevorzugten Gläubiger gelangt. In der zweiten Stelle untersucht er dann genauer, was unter der Voraussetzung zu verstehen sei, daß das Geld der späteren einfachen Personalgläubiger an die früheren bevorzugten Personalgläubiger gelange. Er beginnt dabei mit dem Normalfalle, daß das Geld ohne weitere Mittelacte aus dem Vermögen der späteren einfachen Gläubiger in das Vermögen der bevorzugten Gläubiger übergeht, mag die dazu erforderliche Uebergabe von den späteren einfachen Gläubigern in Person, oder in deren Namen von Vertretern geschehen, unter denen selbst der Schuldner sich befinden kann. Beauftragt z. B. der Schuldner des privilegierten Gläubigers A den B, mit seinem, des B, Gelde den A abzufinden, so überträgt B, welcher in Person den Auftrag ausführt, unmittelbar das Eigenthum des Geldes von sich auf A und gewinnt dadurch vermöge fingirter Cession die privilegierte Forderung des A als *utilis actio suo nomine*, indem zur Ausgleichung seine eigne unprivilegirte *mandati actio contraria* gegen den Schuldner auf Ersatz der Auslagen hinwegfällt. Beauftragt dagegen umgekehrt der B den Schuldner mit den demselben zu dem Zwecke eingehändigten Geldstücken den privilegierten Gläubiger im Namen des B abzufinden, so geht durch die einfache Ausführung dieses Auftrags das Eigenthum der Geldstücke ebenfalls nicht von B auf den Schuldner, sondern mit Hilfe des den B bloß bei der Uebergabe vertretenden Schuldners unmittelbar von B auf den A über, so daß auch hier B für sein an A gelangtes Geld dessen privilegierte Forderung erwirbt und gegen diesen Erwerb seine unprivilegirte *actio mandati directa* verliert.

Diesen einfacheren Gestaltungen läßt Ulpian dann den verwickelteren Fall folgen, daß das Geld des B, erst nachdem es durch das Eigenthum des Schuldners hindurchgegangen ist, als Geld des B an den privilegierten Gläubiger A gelangt, indem z. B. B das Geld dem Schuldner als Darlehn übergiebt, jedoch den vom Schuldner später auch ausgeführten Auftrag hinzufügt, der Schuldner solle damit den bevorzugten Gläubiger A dergestalt abfinden, daß B in die Stelle des A einrücke. Auch in diesem Falle gelangt das Geld als Geld des B an A, wenn der Schuldner dasselbe im Namen des B dem A

übergiebt, denn unter dieser Voraussetzung kehrt das durch die darlehensweise Hingabe von B auf den Schuldner übergegangene Eigenthum wenigstens in Gedanken durch *constitutum possessorium* an B zurück, bevor es vom Schuldner in Vertretung des B dem A überliefert wird, so daß nach juristischer Auffassung abermals der Eigenthumserwerb des A unmittelbar auf den Eigenthumsverlust des B sich stützt und B für diesen zu Gunsten des A übernommenen Verlust füglich durch den Erwerb der bevorzugten Forderung des A entschädigt wird, weil der Schuldner zugleich durch die mittelst des *constitutum possessorium* bewirkte Rückgabe des erborgten Geldes an B von der unprivilegirten *condictio ex mutuo* des B befreit worden ist¹⁴⁾.

Allein so klar alles ist, wenn der Schuldner das von B erborgte Geld ausdrücklich im Namen des B an A zahlt, so fraglich wird alles, wenn der Schuldner — wie im Leben meistens geschieht — unbestimmt läßt, ob er die Zahlung an A im Namen des B oder im eignen Namen leiste. Streng genommen würde in diesem Falle unter allen Umständen angenommen werden müssen, der Schuldner habe im eignen Namen gezahlt, mithin die privilegirte Forderung getilgt und die unprivilegirte Forderung des B ungetilgt gelassen. Durch eine *benigna interpretatio* glaubt Ulpian jedoch unterstellen zu dürfen, der Schuldner habe im Namen des B Zahlung geleistet, sobald er dieselbe nur ohne Zwischenzeit, d. h. sofort nach dem mit dem Gelde von B empfangenen Auftrage geleistet hat¹⁵⁾; eine Auslegung, die gewiß der Sachlage vollkommen entspricht, und ebendaher auch in anderen Fällen der Art zur Richtschnur genommen werden darf, stets aber zur Folge hat, daß die unprivilegirte Forderung des B als getilgt und die privilegirte Forderung des A als durch fingirte Cession auf B übertragen betrachtet wird.

Denn daß in der That der Erfolg der *successio in locum*, welchen Ulpian der mit dem Gelde des unprivilegirten Gläubigers geschehenen Abfindung des privilegirten zuschreibt, auf eine fingirte Cession als auf das in Ermangelung wirklicher Cession allein geeignete Mittel der Forderungsübertragung zurückzuführen ist, beweisen außer der Analogie des *jus offerendi et succedendi* der Pfandgläubiger¹⁶⁾ unter anderen folgende Stellen:

¹⁴⁾ *§. 290 not. 6.* — — ¹⁵⁾ *Basil. IX, 7 c. 24 §. 3.* (Heimb. I p. 472). . . ἢ σὺ λαβὼν παρ' ἐμοῦ δέδωκας αὐτῷ οὐ μετὰ πολὺν χρόνον — aut si tu a me acceperis pecuniam eique non post longum intervallum dederis. — — ¹⁶⁾ *§. 328 ff.*

Ulpianus lib. 73 ad Edictum¹⁷⁾.

Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit; scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius venderunt. Caeterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit et alios sortitus est: si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio: si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit: Marcellus dicit, revocationi locum fore: secundum hanc distinctionem et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est, eoque jure utimur.

Ulpianus lib. 28 ad Edictum¹⁸⁾.

Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat, puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit.

In dem ersten Bruchstücke kann nicht von Pfandgläubigern die Rede sein, weil diese an dem römischen Concursverfahren und insbesondere an der *missio in bona* überhaupt nicht Theil nahmen¹⁹⁾. Bei Handschriftsgläubigern wird aber eine Succession durch Abfindung nicht anders bewirkt, als wenn privilegirte Gläubiger mit dem Gelde nicht privilegirter Gläubiger abgefunden werden. Ulpian muß also von einfachen Handschriftsgläubigern als Nachfolgern privilegirter Handschriftsgläubiger handeln.

Die Gelegenheit gewährt ihm das *interdictum fraudulentum*²⁰⁾, zu dessen Begründung gehört, daß der Kläger als Gläubiger durch die Handlungen des Gemeinschuldners hat verkürzt werden sollen und wirklich verkürzt worden ist. Hat nun der Gemeinschuldner bevorzugte Gläubiger, welche er betrügen wollte, einfach im eignen Namen bezahlt, nachdem er Geld von anderen Gläubigern angeliehen hatte, welche er nicht betrügen wollte, so können die letzten Gläubiger, selbst wenn sie verkürzt werden, das *interdictum fraudulentum* nicht gebrauchen, weil sie den nicht mit ihrem, sondern mit des Gemeinschuldners Gelde abgefundenen Gläubigern nicht nachgefolgt sind und hinsichtlich ihrer eignen Darlehnsforderung nur den zur Begründung des Interdicts erforderlichen Erfolg, nicht auch die außerdem erforder-

¹⁷⁾ l. 10 §. 1 D. quae in fraud. cred. (42. 8), cf. l. 15, l. 16 D. eod. — Mühlenbruch, Cessio §. 45 a. G. S. 488. — ¹⁸⁾ l. 1 §. 11 D. de exercit. act. (14. 1). — ¹⁹⁾ l. 6, l. 10 pr. C. de bon. auct. jud. poss. (7. 72), l. 2 C. de jure reipubl. (11. 29) . . . causa ejus separatur a ceteris creditoribus. — cf. Bethmann-Hellweg, Proc. Bd. 1 S. 312 f. 344 f. — ²⁰⁾ cf. Guschke in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14 S. 24. 89.

liche böse Absicht des Gemeinschuldners behaupten und beweisen können. Hat dagegen der Gemeinschuldner bevorzugte Gläubiger nicht mit eigenem, sondern mit dem Gelde unbevorzugter Gläubiger abgefunden, also etwa im Namen derjenigen Gläubiger, welche ihm zur Abfindung der bevorzugten Gläubiger Geld geliehen haben und durch die in ihrem Namen geschehene Abfindung zugleich wegen der eignen Forderung bezahlt worden sind²¹⁾: so soll den zweiten Gläubigern das Interdict gestattet sein, weil dann bei dem von ihnen zur Geltung zu bringenden Schuldforderungsverhältnisse nicht bloß der nöthige Erfolg, sondern auch die außerdem nöthige böse Absicht des Schuldners zutreffe. Worauf gründet sich diese früher schon von Marcellus aufgestellte und durch kaiserliche Rescripte bestätigte, von Ulpian aber als Gerichtsgebrauch seiner Zeit anerkannte Unterscheidung? Lediglich auf die Voraussetzung, daß durch die mit dem Gelde der unbevorzugten Gläubiger geschehene Abfindung der bevorzugten Gläubiger deren bevorzugte Forderung auf die ursprünglich unbevorzugten und durch die Abfindung zugleich ihrer ursprünglich eignen Forderung verlustig gewordenen Gläubiger übergegangen sei, ein Uebergang, der ohne wirkliche Cession, welche die späteren Gläubiger nicht bloß zu *utiliter suo nomine*, sondern auch zu *direct alieno nomine* anzustellenden Klagen berechtigt haben würde, nur durch fingirte Cession herbeigeführt sein kann, welche den späteren Gläubigern die Klagen der betrogenen bevorzugten Gläubiger wenigstens als *utiles actiones suo nomine* zu Gebote stellt.

Das zweite Bruchstück Ulpians bestätigt diese Ansicht. Ulpian gedenkt darin des Falls, daß ein Seeschiffer erst von A zur Ausbesserung des Schiffs ein eben deshalb bevorzugtes²²⁾ Darlehn aufgenommen, darauf zur Abfindung des A von B Geld geborgt und dieses Geld als Geld des B zur Abfindung des A verwandt hat. Unter diesen Umständen muß nach unserer früheren Ausführung die bevorzugte Darlehnsforderung des A durch fingirte Cession als *utilis actio suo nomine* auf B übergegangen und die unbevorzugte Darlehnsforderung des B untergegangen sein. Und wirklich sagt Ulpian: nach Abfindung des A sei auch dem B eine bevorzugte Klage zu geben, als ob er auf das Schiff hergeliehen hätte, d. h. eine von B im eignen Namen anzustellende *utilis actio*, beruhend auf der Fiction, *quasi B dominus actionis esset*²³⁾, oder nach dem Ausdrucke der Basiliken: *quasi ipse contraxisset*²⁴⁾, kurz auf derjenigen

²¹⁾ C. C. 290 not. 6. — — ²²⁾ l. 26, l. 34 D. de reb. auctor. jud. poss. (42. 5). — — ²³⁾ C. C. 8 f. — — ²⁴⁾ C. C. 9 not. 31.

Fiction, welche in Anwendung auf den Fragefall gerade die von Ulpian erwähnte Gestaltung annehmen muß: quasi in navem credidisset²⁵⁾.

Zum Schluß noch die kaum nöthige Bemerkung, daß als bevorzugte Forderungen, wie durch wirkliche Cession²⁶⁾, so auch durch fingirte Cession nur diejenigen Forderungen übertragen werden können, welche ihre Bevorzugung einem der Sache, und nicht bloß einem der Person anhaftenden Privilegium verdanken²⁷⁾.

VII. Utiles actiones als Regreßklagen der Solidar- und Correal-Schuldner.

In dieser Beziehung lehren die Rechtsbücher, daß §. 37.

A. solidarisch verpflichtete Vormünder und Gemeindebeamte,

B. solidarisch für den durch Auswerfen oder Ausgießen verursachten Schaden haftende Haus- oder Zimmerbewohner,

C. Correalverpflichtete,

welche für einander haben zahlen müssen, zum Zweck des Regresses gegen die Mitverpflichteten die Klagen der Zahlungsempfänger auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als utiles actiones suo nomine anstellen können.

Was nämlich

A. mehrere Vormünder und Gemeindebeamte betrifft, so stehen dieselben als Solidarschuldner Einer für Alle und Alle für Einen, wenn ihnen rücksichtlich ihres amtlichen Thuns oder Lassens der Vorwurf der Verschuldung gemacht werden kann¹⁾. Diese strenge Verpflichtung wird indeß gemildert, sofern sie nicht auf Ge-

²⁵⁾ cf. l. 21 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). S. S. 10 not. 35. C. §. 40. — — ²⁶⁾ l. 42 D. de admin. et peric. tut. (26. 7). Schol. 1 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 22 (Heimb. III. p. 722). — — ²⁷⁾ l. 68, l. 196 D. de reg. jur. (17. 1), cf. l. un. C. de privileg. dot. (7. 47).

¹⁾ a. l. 14, l. 38 pr. §. 1, l. 39 §. 11, l. 55 pr. §. 3 D. de admin. et per. (26. 7), l. 2 C. si tut. non gess. (5. 55), l. 2, l. 3 C. de div. tut. (5. 52), l. 2 §. 2 D. de cur. bon. dand. (42. 7). — b. l. 2 §. 8, l. 3 pr. l. 9 §. 8 D. de adm. rer. ad civ. (50. 8), l. 11 pr., l. 13 D. ad municip. (50. 1), l. 1, l. 2 C. quo quisque ord. (11. 35).

wissenlosigkeit (*dolus*)²⁾ oder gänzlicher Verweigerung der Pflichterfüllung (*contumacia*)³⁾, sondern auf Fahrlässigkeit (*culpa*) beruhet, durch das *beneficium excussionis*, *divisionis* und *cedendarum actionum*.

Das *beneficium excussionis* besteht darin, daß derjenige Vormund oder Beamte, welcher bloß wegen pflichtwidrigen Lassens haftet, erst nach den solventen Collegen, welche sich durch pflichtwidriges Thun verantwortlich gemacht haben, belangt werden darf⁴⁾; das *beneficium divisionis* darin, daß bei allseitiger Solvenz diejenigen auf gleicher Linie stehenden Vormünder oder Beamte, welche entweder durch gemeinschaftliches Thun, oder durch gemeinschaftliches Lassen eine Pflichtwidrigkeit begangen haben, nur antheilweise zu verurtheilen sind⁵⁾; das *beneficium cedendarum actionum* endlich darin, daß derjenige, welcher aus einer nicht gerade ausschließlich eignen Verschuldung⁶⁾ auf das Ganze verklagt ist, und diesen Anspruch, falls die Collegen zahlungsfähig wären, durch das *beneficium excussionis* ganz oder durch das *beneficium divisionis* theilweise auf die Collegen ablenken könnte⁷⁾, oder denselben, obgleich die Collegen zahlungsfähig sind, ganz oder theilweise abzulenkten ver säumt oder verschmähet⁸⁾, mittelst der *exceptio doli* verlangen darf, daß ihm gegen Zahlung des Ganzen der Anspruch des Klägers wider die Collegen statt des nicht zur Anwendung gekommenen *beneficium*

²⁾ *a. l. 1 §. 14 D. tut. (27. 3), cf. l. 57 D. pro soc. (17. 2), l. 70 §. 5 D. de fidej. (46. 1), l. 35 §. 2 D. de contrah. emt. (18. 1).* — *b. l. 7 D. de mag. conv. (27. 8).*
³⁾ *l. 38 §. 2 D. de adm. et per. (26. 7).* cf. Unterhelfner *Schuldverh. Th. II §. 639 Nr. II.* — — ⁴⁾ *a. l. 39 §. 11, l. 55 §. 2 D. de adm. et per. (26. 7), l. 8 C. de adm. tut. (5. 37), l. 2 C. de her. tut. (5. 54), l. 2 C. si tut. vel cur. non gess. (5. 55), l. 1 C. si tut. vel cur. reip. (5. 64), l. 3 C. de div. tut. (5. 52), l. 6 C. arb. tut. (5. 51).* — cf. *Basil. XXXVIII, 3 c. 31 u. Schel. 3 ad h. l. (Heimb. III. p. 725).* — *Schel. 1 zu Basil. XXXVIII, 16 c. 2 (Heimb. III. p. 783). Schel. 3 zu Basil. XI. 2 c. 18 (Heimb. I. p. 690).* — Ueber die beim Vermögensverwunde unter Umständen geltende Ausnahme s. *l. 2 §. 3. 5 D. de cur. bon. dando (42. 7).* — *b. l. 1 §. 9 D. de mag. conv. (27. 8), l. 3 pr. D. de adm. rer. ad civ. (50. 8), l. 11 pr., l. 13 D. ad munic. (50. 1), l. 1, l. 4 C. quo quisque ordine (11. 35).* — ⁵⁾ *a. l. 38 pr. §. 1 D. de adm. tut. (26. 7), l. 1 §. 11. 12 D. tut. (27. 3), cf. l. 12 D. rem pup. (46. 6), l. 31 D. de adm. tut. (26. 7).* — *b. l. 45 D. de adm. et per. (26. 7), l. 7 D. de magistr. conven. (27. 8).* — ⁶⁾ *l. 2 C. de contr. jud. tut. (5. 58). C. C. 362 f.* — *Schel. 1 zu Basil. XXXVIII, 18 c. 2. (Heimb. III. p. 785).* — — ⁷⁾ *l. 1 §. 13. 18, l. 21 D. de tut. (27. 3) in Verbindung mit l. 38 §. 2 D. de adm. et peric. (26. 7).* ⁸⁾ *l. 2 C. de contr. jud. tut. (5. 58) . . si solus pupillae condemnatus sis et absens et indefensus acquievisti.* — cf. *Schel. 1 zu Basil. XXXVIII, 18 c. 2 (Heimb. III. p. 785).*

excussionis ganz⁹⁾, und statt des nicht zur Anwendung gebrachten beneficium divisionis theilweise¹⁰⁾ cedirt werde¹¹⁾.

Für zahlungsfähig gilt der College aber, wenn bei Beendigung der Vormundschaft oder des Amts¹²⁾ er selbst oder auch nur seine Bürgen und Nominatoren vermögend sind¹³⁾, ohne daß jedoch die Obrigkeit, welche die Vormünder bestellte, jemals vor irgend einem der wegen gemeinsamer Verschuldung verantwortlich gewordenen Vormünder haften müßte¹⁴⁾. Nur wenn der Vormund weder durch gemeinschaftliches Thun, noch durch gemeinschaftliches Lassen seine Pflichten verletzt hat, sondern — z. B. bei einer obrigkeitlich abgesonderten Verwaltung — für eine von den Mitvormündern bei der Geschäftsführung begangene Pflichtwidrigkeit deshalb verantwortlich wird, weil er nicht auf deren Remotion oder wegen eintretenden Vermögensverfalls auf Sicherstellung angetragen hat¹⁵⁾: so haftet er nicht bloß nach den durch ihr pflichtwidriges Thun verantwortlich gewordenen Vormündern und nach deren Bürgen und Nominatoren, sondern sogar erst nach der Obrigkeit, welche bei Bestellung der Vormünder für deren Sicherheitsleistung zu sorgen unterlassen hat¹⁶⁾, und kann daher, wenn er beßungeachtet zahlen muß, vom Zahlungsempfänger

⁹⁾ l. 1 §. 13 D. tut. (27. 3) .. ex facto alterius tutoris. — l. 1 §. 18 D. eod. — — ¹⁰⁾ l. 1 §. 13 D. tut. (27. 3) .. ex communi gestu. — l. 21 D. tut. (27. 3) worin zu lesen ist: non damnati tutoris. — Schef. 1 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 21 (Heimb. III. p. 722). — l. 38 §. 2 D. de adm. et per. (26. 7) .. in alterum pro parte scilicet praestare. — — ¹¹⁾ a. l. 1 §. 13. 18, l. 21 D. tut. (27. 3), l. 2 C. de div. tut. (5. 52), l. 2 C. de contr. jud. tut. (5. 58), l. 6 C. arbitr. tut. (5. 51), l. 42, l. 45 D. de adm. et per. (26. 7), l. 12 D. rem pup. (46. 6). — — b. l. 45 D. de adm. et per. (26. 7) .. Idemque dicemus in duobus magistratibus, quorum alterum respública convenit. cf. Mühlentr., Cess. §. 39 S. 438. — — ¹²⁾ a. l. 46 §. 6, l. 53 fin. D. de adm. et per. (26. 7), l. 5 C. in quib. cas. (5. 36), l. 1 C. de divid. tut. (5. 52). — b. l. 1 C. de per. nomin. (11. 33). — — ¹³⁾ a. l. 1 §. 15 D. tut. et rat. (27. 3), woselbst zu lesen ist: si non sint solvendo, cf. Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 15 (Heimb. III. p. 715). — l. 46 §. 6 D. de adm. et per. (26. 7). — b. l. 46 §. 1 D. de adm. et per. (26. 7), l. 11 pr., l. 13 pr. D. ad munic. (50. 1), l. 4 C. quo quisque ord. (11. 35). — — ¹⁴⁾ l. 1 §. 15 D. tut. (27. 3), l. 46 §. 6, l. 53 D. de adm. et per. (26. 7). — Schef. 1 zu Basil. XXXVIII, 8 c. 2 (Heimb. III. p. 742). — Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 15. — (Heimb. III. p. 714). — l. 5 D. de magistr. conv. (27. 7). — — ¹⁵⁾ l. 12 D. rem. pup. (46. 6), l. 7 §. 14, l. 14, l. 41, l. 55 §. 4 D. de adm. et per. (26. 7), l. 6 C. arb. tut. (5. 51), l. 1 C. si tut. vel cur. non gess. (5. 55), l. 2 C. de usur. pup. (5. 56), cf. l. 19 D. de adm. et per. (26. 7). — — ¹⁶⁾ S. S. 365 not. 34.

Cession der Klagen nicht bloß gegen die Vormünder, deren Bürgen und Nominatoren, sondern auch gegen die Obrigkeit fordern¹⁷⁾.

In demselben Umfange, in welchem der in solidum angesprochene Vormund oder Beamte wirkliche Cession verlangen darf, um nach seiner Wahl direct alieno nomine oder utiliter suo nomine klagen zu können, werden demselben gegen die abgenöthigte Solidarzahlung auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones suo nomine gegeben¹⁸⁾.

Die Beweise dieses Satzes liegen in folgenden Stellen:

I. Den Vormund betreffend:

Ulpianus lib. 36 ad Edictum¹⁹⁾.

(§. 13). Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones: constitutum est a Divo Pio et ab Imperatore nostro et Divo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. (§. 14). Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit.

Imp. Antoninus A. Primitivo²⁰⁾.

Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti: cum ex causa judicati satisfacere coeperis, actiones adversus contutores tuos mandari tibi a pupillo desiderabis vel utili actione uteris. — P. P. 2 Id. Octobr. Duobus Aspris Coss. — 213. —

Wenn der Vormund weder wegen dolus noch wegen zunächst ausschließlich verpflichtender eigener culpa, sondern in Folge der alleinigen Verwaltung eines Mitvormunds oder in Folge gemeinschaftlicher Verwaltung in solidum verurtheilt ist, so sollen ihm gegen Zahlung der Schuld auch ohne Cession utiles actiones gegen die Mitvormünder verliehen werden. Das ist der unbestrittene Inhalt beider Stellen, von denen die letzte überdies enunciativ erwähnt, daß der Vormund im Fragefalle nach der litiscontestatio abwesend und unvertheidigt gewesen sei, und daher bei der Verurtheilung ohne

¹⁷⁾ arg. l. 2, l. 3 D. de conven. mag. (27. 8). — — ¹⁸⁾ Der Zweifel, welchen die Veronesische Scholie zu l. 1 C. de contrar. jud. tut. (5. 58) mittelst der Worte: *εἰ μὴ οὐτιλίαν κατὰ τῶν συγκαθημένων*, nisi utilem actionem adversus contutores (cf. Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 15 S. 116 nr. 165) zu erheben scheint, ist nach Schol. 1 zu Basil. XXXVIII, 18 c. 1 (Heimb. III p. 784) zu verneinen. — S. S. 62 ff. — — ¹⁹⁾ l. 1 §. 13. 14 D. tut. (27. 3). — — ²⁰⁾ l. 2 C. de contr. judic. tut. (5. 58).

Berufung sich beruhigt habe²¹⁾. Bestritten ist bloß, ob die in beiden Stellen dem verurtheilten Vormunde gegebene utilis actio eine durch fingirte Cession übertragene utilis tutelae actio oder eine abgesehen von aller wirklichen und fingirten Cession zuständige utilis negotiorum gestorum actio sei²²⁾. Für die durch fingirte Cession übertragene utilis tutelae actio entscheidet indeß, daß die utilis actio mit der mandata actio allenthalben gesiffentlich zusammengestellt ist; daß Ulpian auf die Fiction der Cession als Ursache der utilis actio unverkennbar hindeutet, indem er in Uebereinstimmung mit dem kaiserlichen Rescripte, dessen Schluß von den Basiliken übersezt wird: *ἤτοι δύνανται καὶ χωρὶς ἐκχωρήσεως τὴν ὠρισμένην κινῆσαι*²³⁾, die utilis actio auch beim Mangel wirklicher Cession gestattet (si... nec mandatae sunt actiones), also noch mehr ohne den Mangel wirklicher Cession gestatten würde, was hinsichtlich der utilis negotiorum gestorum actio undenkbar ist²⁴⁾; daß Antonin der Fromme, welcher die utilis actio eingeführt haben soll, seine Neigung für die mittelst fingirter Cession zu beschaffende Rechtshülfe schon durch die auch dem Erbschaftskäufer verliehenen utiles actiones an den Tag gelegt hat²⁵⁾, und daß die von Ulpian erwähnte Constitution des Kaisers Antoninus Caracalla (Imperator noster), welche nach einer gleichen Constitution des Kaisers Septimius Severus (Divus pater) die von Antonin dem Frommen eingeführte utilis actio bestätigt haben soll, ohne Zweifel in dem abgedruckten Rescripte vorliegt, zu dessen Schlusse eine alte Basilikenscholie geradezu sagt: die utilis actio werde vom Vormunde nach Art eines procurator in rem suam angestellt, als ob der Mündel die nicht cedirte actio tutelae wirklich cedirt hätte²⁶⁾.

Die hierdurch auf das Entschiedenste anerkannte Cessionsdichtung ist an die vom verklagten Vormunde geleistete Zahlung, also an einen Zeitpunkt geknüpft, zu welchem auch die wirkliche Cession hätte

²¹⁾ cf. Schol. 1 zu Basil. XXXVIII, 19 c. 2 (Heimb. III. p. 785) in Verbindung mit Paul. sent. rec. V, 5 §. 7. — l. 23 §. 3 D. de appell. (49.1), l. 73 §. 3 D. de judic. (5. 1), l. C. quor. appell. non recip. (7. 65). —

²²⁾ cf. Glöffe zu l. 1 §. 13 D. tut. u. zu l. 2 C. de contr. jud. tut. u. zu l. 30 D. de neg. gest. (3. 5). — Zell, Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. Bd. 3 S. 378 ff. — Olueck, Bd. 30 S. 375 not. 20. — Thibaut in Braun's Erörterungen Th. 2 S. 450 f. — ²³⁾ Basil. XXXVIII, 19 c. 2 (Heimb. III. p. 785) . . vel etiam sine cessione actione utili experiri posse. —

²⁴⁾ S. S. 64 not. 87. 88. — ²⁵⁾ S. S. 196 ff. — ²⁶⁾ Schol. 2 zu Basil. XXXVIII, 19 c. 2 (Heimb. III. p. 785). S. S. 184. — cf. Schol. 3 zu Basil. XI, 2 c. 18 (Heimb. I p. 690) — Schol. 61 zu Basil. XIII, 2 c. 1 §. 43 (Heimb. II p. 38).

gefordert werden können; denn Ulpian läßt die dem Vormunde gegen den Mitvormund verliehene *utilis actio* ausdrücklich beginnen: ... *si condemnatus praestiterit*²⁷⁾. Den Worten des kaiserlichen Rescripts, wonach der verurtheilte Vormund nicht nach der Zahlung, sondern spätestens beim Anfange derselben die Cession der Klagen gegen die Mitvormünder von dem Pupillen verlangen soll, ist daher so wenig, wie den gleichen anderwärts vorkommenden Worten²⁸⁾ eine umfassendere Bedeutung zuzuschreiben, als daß zur Erzwingung wirklicher Cession die nur einer Klage gegenüber denkbare *doli exceptio* nicht mehr gebraucht werden könne, sobald volle Befriedigung den Pupillen klaglos gestellt habe.

Uebrigens war schon zur Zeit der classischen Juristen ein stillschweigendes Generalpfandrecht mit der *actio tutelae* verbunden²⁹⁾, und deshalb gerade diese durch wirkliche oder fingirte Cession erlangte Klage ohne Zweifel der gewöhnliche Weg, auf dem der zur Solidarzählung genöthigte Vormund vom Mitvormunde Ersatz zu fordern pflegte. Auf diesen Weg wird daher auch hingewiesen sein, wenn der Kaiser Gordian in folgendem am 1. November 268 an den Treñäus erlassenen Rescripte sagt³⁰⁾:

Ad litem datus tutor si quid bona fide erogasti, a co-tutoribus more solito exigere potes.

Mit den Hauptklagen des Mündels gegen die Mitvormünder gehen aber außer der hypothekarischen Klage auch die sonstigen Nebenklagen, namentlich gegen die Bürgen und Nominatoren durch fingirte Cession auf den zahlenden Vormund über. Es folgt das theils aus allgemeinen Grundsätzen³¹⁾, theils daraus, daß, soweit die Obrigkeit vor dem Vormunde haftet, sogar die subsidiarische Klage des Mündels gegen die Obrigkeit durch fingirte Cession auf den zahlenden Vormund übertragen wird.

Die Stelle Julians, welche dieses bezeugt, ist von den Compilatoren an ein Bruchstück Ulpians gereiht³²⁾, worin der Fall bespro-

²⁷⁾ cf. Veronesische Scholie in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 15 S. 116 nr. 164. — — ²⁸⁾ l. 25 D. de adm. et per. (26. 7), l. 20 §. 1 D. tut. (27. 3). S. 26 not. 5. — — ²⁹⁾ l. 10 D. in quib. caus. pign. (20. 2) und deren Erklärung in Basil. XXV, 3 c. 10 mit Schol. (Heimb. III. p. 76) cf. Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20 S. 158 f. — Ferner Schol. 10 zu Basil. LX, 41 c. 41 §. 9—12 (Heimb. V. p. 776), l. un. C. rem alien. ger. (4. 53), l. 1 C. Th. de adm. et per. (3. 30), l. 17, l. 20 C. J. de adm. tut. (5. 37), l. un. §. 1 C. de rei ux. act. (5. 13), l. 7 §. 5. 6 C. de curat. furios. (5. 70). — — ³⁰⁾ l. 4 C. de in lit. dando tut. (5. 44) ³¹⁾ S. S. 27 not. 7 u. S. 29. — — ³²⁾ l. 2 D. de magistr. conven. (27. 8).

chen wird, daß Municipalmagistrate, ohne Caution zu fordern, zwei Tutoren gegeben haben, von denen der Eine zahlungsunfähig verstorben ist, und der Andere, von dem Pupillen belangt, Zahlung geleistet hat. In diesem Falle wird die Frage, ob der zahlbar gewordene Vormund gegen die Municipalmagistrate seinen Regreß nehmen könne, trotz des Auerkennnisses, daß die *directe actio subsidiaria* gegen die Municipalmagistrate unter allen Umständen nur dem Pupillen, nicht dem Vormunde zustehet, doch mit der Unterscheidung beantwortet, ob der Vormund den Mangel der vom Mitvormunde zu leistenden *satisfactio rem pupilli salvam fore* gekannt oder nicht gekannt, folglich die Pflicht, bei sichtbar werdendem Vermögensverfall auf Satisfaktionsleistung des Mitvormunds oder auf dessen Remotion zu dringen³³⁾, verletzt oder nicht verletzt habe. Hat der Vormund den Mangel der *satisfactio* des Mitvormunds gekannt, so soll ihm der Regreß gegen die Municipalmagistrate versagt bleiben, weil er dieselben keiner größeren culpa, als sich selbst zu zeihen im Stande ist; für den anderen Fall dagegen heißt es im 21. Buche der Digesten des Julian³⁴⁾:

Quod si ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum adversus Magistratus actionem ei dari.

Daß Julian hier dem Vormunde, und nicht etwa, wie Unterholzner³⁵⁾ meint, dem Pupillen eine Klage gegen die Municipalmagistrate verleiht, lehrt der Zusammenhang und wird vollends außer Zweifel gesetzt durch die Uebersetzung der Basiliken³⁶⁾:

Εἰ δὲ περὶ τούτου οὐκ ἠμέλησεν, ἐνάγει τῷ στρατηγῷ.

Daß Julian aber auch die direct dem Pupillen gegen die Municipalmagistrate zustehende Subsidiarklage kraft jüngerer Cession als *utilis actio* dem Vormunde einräumt, ist deshalb gewiß, weil Ulpian unmittelbar vorher jede directe Regreßklage, sei es die für die Pupillen eingeführte Subsidiarklage, sei es die gewöhnliche Geschäftsführungsklage, dem Vormunde bestimmt abgesprochen hat, und an eine auf objectiver Erweiterung beruhende *utilis negotiorum gestorum actio* ebensowenig gedacht sein kann. Es ist also unabweislich anzunehmen, daß Julian, wo immer die Haftpflicht die Municipalmagistrate vor dem Vormunde treffen sollte, dem zur Zahlung genöthigten

³³⁾ l. 14, l. 55 §. 4 D. de admin. et per. (26. 7), l. 29 §. 1 D. de excusat. (27. 1). — — ³⁴⁾ l. 3 D. de magistr. conven. (27. 8). — —

³⁵⁾ Schuldverh. 36. 2 §. 701 not. t. — — ³⁶⁾ Basil. XXXVIII, 8 c. 3 (Heimb. III. p. 742): *Quod si circa hoc negligens non fuerit, agit adversus magistratum.*

Vormunde auch die dem Pupillen gegen die Municipalmagistrate zustehenden Subsidiarklagen durch fingirte Cession als *utiles actiones suo nomine* gegeben habe.

II. Die Gemeindebeamten betreffend:

Ulpianus lib. 3 *Opinionum*³⁷⁾.

(§. 8). *Jus reipublicae pacto mutari non potest, quominus magistratus collegae quoque nomine conveniantur in his speciebus, in quibus id fieri jure permissum est.* (§. 9). *Actio autem, quae propterea in collegam decerni solet, ei qui pro altero dependit, ex aequitate competet.*

Will man nicht in den Worten: *actio decerni solet* und *ex aequitate competet* eine unerträgliche Tautologie erblicken und dem Worte *propterea* die erforderliche Beziehung auf den vorhergehenden Satz rauben, so kann Ulpian nur sagen, daß die gleich Vormündern solidarisch verpflichteten Magistratspersonen in den gesetzlichen Fällen auch für ihre Kollegen belangt werden dürfen und daß aus Billigkeit dieselbe Klage, welche die Stadt gegen den Magistrat hat, dem Beamten, welcher für seine Kollegen hat zahlen müssen (*dependit*), gegen diese zustehe. Der Ausdruck: *decerni solet* erklärt sich daraus, daß jede von der städtischen Gemeinde anzustellende Klage vom *ordo* der *Decurionen* beschlossen werden mußte³⁸⁾; unter der *actio, quae ex aequitate competit*, kann aber unmöglich etwas anderes, als eine *utilis actio* verstanden sein, und zwar, da sie mit der der Stadt gegen den Magistrat gegebenen Klage identisch sein soll und einer wirklichen Cession nicht bedarf, eine *utilis actio*, welche auf fingirter Cession beruhet.

Unterstützend wirkt, daß dieselbe Klage, welche nach Ulpian auch gegen die Erben des durch die Zahlung des Kollegen von den Ansprüchen der Stadt befreiten Beamten zu richten ist³⁹⁾, von Papinian dem abgehenden Magistrat, welcher seinen Nachfolger dem *ordo* zur Wahl nominirt⁴⁰⁾ und als *nominator* aushülfsweise für dessen Ver-

³⁷⁾ l. 2 §. 8. 9 D. de adm. rer. ad civ. (50. 8). — — ³⁸⁾ l. 3, l. 4, l. 6 §. 1—3 D. quod cuj. univers. nom. (3. 4). — — ³⁹⁾ l. 2 §. 10 D. de adm. rer. ad civ. (50. 8). — — ⁴⁰⁾ l. 11 §. 1, l. 13, l. 15 §. 1 D. ad munic. (50. 1), l. 1, l. 2 C. de peric. nominat. (11. 33), l. 3 C. quo quisque ord. (11. 35), l. 1 §. 3. 4 D. quando appell. (49. 4), l. 45 C. de decur. (10. 31), l. 8 C. de suscept. (10. 70).

waltung einzustehen hat⁴¹⁾, gegen den Collegen des nominirten Magistrats versagt wird mit den Worten⁴²⁾:

Et ei contra nominati collegam actionem utilem dari non oportet.

Denn diese utilis actio, welche ausdrücklich dem nominator, als einer vor dem Collegen des nominirten Magistrats für dessen Verwaltung haftenden Art von Bürgen⁴³⁾ verweigert wird, und den über den Anspruch auf wirkliche und fingirte Cession oben ausgeführten Grundsätzen gemäß verweigert werden muß⁴⁴⁾, ist augenfällig zugleich stillschweigend dem Collegen des nominirten Magistrats, wenn derselbe für die Amtsführung des Collegen hat aufkommen müssen, gewährt worden; zeigt also, daß die im obigen Bruchstücke Ulpian's erwähnte actio, quae ex aequitate competit, in der That eine auf fingirter Cession beruhende utilis actio ist.

Die Fiction der Cession scheint hiernach sowohl hinsichtlich des Gemeindebeamten, als hinsichtlich des Vormunds sehr bestimmt nachgewiesen zu sein. Wie kommt es nun, daß desungeachtet die in Frage stehende utilis actio von Vielen für eine auf objectiver Erweiterung beruhende utilis negotiorum gestorum actio gehalten wird?⁴⁵⁾

Der Grund liegt vorzugsweise in einem von Julian mitgetheilten Responsum des nicht nach Hadrian gelebt habenden Valerius Severus⁴⁶⁾, welches im Fall nothgedrungener Vergütung des aus fremder Verwaltung entstandenen Schadens dem städtischen Beamten wie dem Vormunde eine allerdings als utilis actio sich darstellende negotiorum gestorum actio contraria gegen den vorzugsweise schuldigen Collegen einräumt⁴⁷⁾. Die Rücksicht auf dieses Responsum hat neuere Juristen verleitet, nach dem Vorgange einer Basilikenscholie⁴⁸⁾ in allen Stellen die beim Vormunde wie beim städtischen Beamten erwähnte utilis actio als eine objectiv erweiterte Klage aus der Geschäftsführung aufzufassen. Da aber bei dieser Auffassung einerseits Julian

⁴¹⁾ l. 11 §. 1 D. ad munic. (50. 1), l. 2 §. 7 D. de adm. rer. ad civ. (50. 8). — — ⁴²⁾ l. 12 D. ad munic. (50. 1). Die von Cujac. (opp. IV. p. 845) gegen die Autorität der Florent. in Schutz genommene Lesart: et ei, qui nominaverit, contra collegam cett. ist zu verwerfen, weil von einer gemeinschaftlichen nominatio keine Rede ist. — — ⁴³⁾ l. 11 §. 1, l. 13 D. ad munic. (50. 1), l. 3, l. 4 C. quo quisque ord. (11. 35). — — ⁴⁴⁾ §. 361. 362. — — ⁴⁵⁾ §. 363 not. 22. — — ⁴⁶⁾ cf. Zimmern, Rechtsgesch. Th. 1 §. 90 §. 332. — — ⁴⁷⁾ l. 30 D. de neg. gest. (3. 5). — — ⁴⁸⁾ Schel. 18 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 1 §. 13 (Heimb. III. p. 714).

seine Ansicht nicht auf die Autorität eines anderen Rechtsgelehrten, sondern auf die weit entscheidendere Autorität eines kaiserlichen Rescripts gegründet haben dürfte, andererseits Ulpian nicht dieselbe der Stadt gegen den Magistrat gegebene Klage wieder diesem gegen den Kollegen verliehen haben könnte, so ist, selbst abgesehen von allen anderen Gründen, schon deshalb jene Auffassung zu verwerfen und richtiger mit der älteren Basilikenscholie⁴⁹⁾ und der Mehrzahl der neueren Rechtslehrer⁵⁰⁾ anzunehmen, daß der von Valerius Severus gemachte Versuch, den Negreß unter mehreren Vormündern und Gemeindebeamten durch eine *actio negotiorum gestorum* zu ermöglichen, später zwar nicht gerade aufgehoben worden, jedoch vor dem durch kaiserliche Constitutionen eröffneten vortheilhafteren Wege einer auf fingirte Cession gestützten *utilis actio* in den Schatten getreten sei. Danach steht denn noch heute dem Negreß suchenden Vormunde und Gemeindebeamten zwischen beiden Wegen die Wahl offen.

B. Mehrere Bewohner

desselben an öffentlicher Straße belegenen Hauses oder Zimmers haben ein Jeder in *solidum* für den Schaden, welcher durch Ausgießen oder Auswerfen aus ihrer Wohnung angerichtet ist, weil angenommen wird, daß sie durch bessere Aufsicht den Schaden hätten vermeiden können und sollen⁵¹⁾. Zur Entschädigung ist ihnen indeß in derselben Weise, wie dem Vormunde und dem Gemeindebeamten, welcher für die Kollegen hat zahlen müssen, eine *utilis actio* gegen die Genossen eingeräumt worden.

Es heißt in dieser Beziehung im *Corpus juris*⁵²⁾:

Si plures in eodem coenaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis haec actio (sc. de effusis et dejectis) dabitur; cum sane impossibile est scire, quis dejecisset vel effudisset, et quidem in solidum. Sed si cum uno fuerit actum, caeteri liberabuntur perceptione, non litiscontestatione; praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei, qui solvit.

49) C. C. 363 not. 26. — — 50) Glueck, Bd. 30 C. 375 not. 23. — v. Lindelsch im Arch. f. civ. Pr. Bd. 7 C. 109 ff. Ruders, Vermundschafter. Bd. 3 §. 164 Nr. IV. C. 36 ff. — Mühlenbruch, Cession §. 44 Nr. 8 C. 474 ff. — v. Schroefer in Zeitschr. für Civile. u. Proc. Bd. 6 C. 249 ff. — v. Savigny, Obligationenr. 36. 1 C. 236 ff. C. 253 ff. — — 51) l. 3 D. de his, qui effud. et dej. (9. 3). — — 52) l. 1 §. 10 — l. 4 D. de his, qui effud. et dej. (9. 3).

Auch in diesem aus Bruchstücken des Ulpian, Gajus und Paulus zusammengeschweiften Satze wird die utilis actio, welche gleich der actio pro socio unter mehreren Genossen einen Jeden nur antheilweise ergreifen soll (praestaturi partem damni)⁵³, auf singulärer Cession beruhen, da der solidarisch belangte Mitbewohner ohne Zweifel berechtigt ist, vom Kläger durch exceptio doli die Cession der in factum actio de effusis et dejectis⁵⁴ gegen die übrigen Mitbewohner zu erzwingen. Ueberdies bezeichnet die Basilikenscholie die betreffende utilis actio ausdrücklich als *οὐτίκα ἡτοι ἰμὸ ἀπὸν*⁵⁵, was sehr gut auf die utilis in factum actio de effusis et dejectis⁵⁶, aber sehr schlecht auf die utilis negotiorum gestorum actio passen möchte, an die man sonst etwa denken könnte⁵⁷.

Doch bescheide ich mich gern zuzugestehen, daß die Dürftigkeit der Quellen zu einem völlig entschiedenen Aufschlusse über die Natur der erwähnten Klage nicht gelangen läßt.

C. Correalverpflichtete.

Unter mehreren Correalverpflichteten hat ein jeder auf das Ganze Belangte das Recht, soweit er als Intercedent für eine ihm materiell fremde Schuld der anderen Correalverpflichteten aufzufassen ist⁵⁸, zum Zweck des Regresses gegen Zahlung des Ganzen vom Gläubiger Cession der Klagen gegen die mitverpflichteten Schuldner durch eine exceptio doli zu verlangen⁵⁹, die indeß der Formel als praescriptio vorgelegt werden mußte⁶⁰, weil sonst der verklagte correus durch seine eigne litiscontestatio dem Gläubiger die Klage gegen die anderen correi und damit den Gegenstand der verlangten Cession zerstört haben würde⁶¹.

⁵³) cf. Basil. LX, 4 c. 3 (Heimb. V, p. 329). — — ⁵⁴) l. 1 §. 4 D. de his, qui effud. (9. 3), Schol. 1 zu Basil. LX, 4. — Basil. LX, 4 c. 5 §. 5 u. Schol. 21. — (Heimb. V, p. 325. 331). — — ⁵⁵) Schol. 2 zu Basil. LX, 4 c. 4 (Heimb. V, p. 321). — — ⁵⁶) cf. v. Savigny, Obligationenrecht Th. 1 §. 257 f. — — ⁵⁷) cf. Sell in Zeitschr. f. Civifr. u. Proc. Bd. 3 S. 396 ff. — — ⁵⁸) l. 17 §. 2, l. 18 D. ad Sct. Vellej. (16. 1), cf. l. 10 §. 10 D. de in rem verso (15. 3). — — ⁵⁹) l. 47 D. locati (19. 2), l. 13 C. eod. (4. 65): Habetis sane vos facultatem locatori offerendi debitum: et ut transferantur in vos ea, quae ob hanc conductionem ab his, quorum nomine inquietamini, obligata sunt, postulandi. — Schol. 1 zu Basil. XX, 1 c. 75 (Heimb. II, p. 372). — l. 65 D. de evict. (21. 2), cf. v. Savigny, Obligationenr. Th. 1 §. 259. — Daß nicht unbedingt die exceptio doli zusteht, beweist auch l. 29 D. de liberat. leg. (34. 3). — — ⁶⁰) l. 91 D. de solut. (46. 3). S. S. 189 not. 19. — — ⁶¹) l. 2 D. de duob. reis (45. 2), l. 5 fin. D. de fidej. (46. 1), l. 116 D. de V. O. (45. 1), l. 8 §. 1 D. de legat. I (30), worin wegen l. 28 C. de fidej. (8. 41) die Worte: et solutum interpositi sind. — l. 29 D. de liber. leg. (34. 3).

Das Pandectenrecht ließ es bei diesem Grundsatz bewenden, und versagte demgemäß dem *correus*, welcher, ohne *socius* der anderen *correi* zu sein, die ganze Schuld bezahlt hatte, jeden Regreß gegen die *correi*, wenn er nicht vom Gläubiger durch wirkliches *mandatum agendi* zum *procurator* in *rem suam* bestellt worden war⁶²). Das spätere Recht ging aber jedenfalls weiter, indem es den *correus* ermächtigte, sofern er als *Intercedent* Cession fordern durfte, auf Grund der geleisteten Zahlung gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones* gegen die anderen *correi* anzustellen.

Das Anerkenntniß dieser Ermächtigung finde ich mit v. Savigny⁶³) zunächst in nachstehendem Rescripte:

Impp. Diocletianus et Maxim. A. A. Diogeni⁶⁴).

Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit, et ideo si probaveris, te conventum in solidum exsolvisse, Rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.

Daß hier unter zwei Correalverpflichteten, welche gemeinschaftlich ein Darlehn aufgenommen haben⁶⁵), demjenigen, welcher die ganze Schuld zu bezahlen genöthigt gewesen ist, einfach auf Grund dieser Thatfachen, eine Regreßklage gegen den Mitschuldner eingeräumt wird, ist unbestreitbar; ungewiß bleibt nur die Natur der eingeräumten Regreßklage. Einige⁶⁶) halten die Klage für eine *utilis negotiorum gestorum actio*, welche dem zahlenden *correus* nach Analogie des für den Collegen zahlenden Vormunds und Gemeindebeamten bewilligt worden sei⁶⁷). Allein so schwer es schon ist, den im eignen Namen zahlenden Solidarschuldner als Geschäftsführer des anderen durch die Zahlung zugleich befreiten Solidarschuldners aufzufassen, so unmöglich ist diese Auffassung bei dem Correalschuldner, welcher durch die im eignen Namen geleistete Zahlung zwar nicht bloß sich selbst, sondern zugleich auch den anderen Correalschuldner befreiet, jedoch trotz dieses Erfolges bei der Zahlung durchaus nur in seiner eignen, und in keiner Hinsicht in einer fremden oder gemeinschaftlichen Angelegen-

⁶²) l. 62 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2) [auf künstliche und deshalb gewiß nicht zu billige Weise anders erklärt bei v. Savigny, Obligationenr. Th. 1 S. 270 ff.], cf. l. 71 pr. D. de fidej. (46. 1), l. 29 D. de liber. leg. (34. 3), l. 10 §. 10 D. de in rem verso (15. 3). — ⁶³) Obligationenr. Th. 1 S. 263 not. o. — ⁶⁴) l. 2 C. de duob. reis (8. 40). — ⁶⁵) Vergl. v. Savigny, Obligationenr. Th. 1 S. 155 ff. — ⁶⁶) Vergl. statt aller Anderen Sell in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3 S. 403 ff. — ⁶⁷) l. 30 D. de neg. gest. (3. 5). S. S. 367 f.

heit handelt⁶⁸⁾. Andere suchen der Verlegenheit zu entgehen, indem sie ungebüßrendes Gewicht auf das Wort communiter legen, um aus der dadurch vermeintlich angedeuteten Gemeinschaft eine actio pro socio abzuleiten⁶⁹⁾. Ich sage ungebüßrendes Gewicht; denn aus dem Wortsinne folgt höchstens eine Gemeinschaft bei Aufnahme des Darlehns, nicht ein gemeinschaftlicher Zweck oder eine Gemeinschaft bei Verwendung des aufgenommenen Darlehns⁷⁰⁾, und doch würde nur die letztere Gemeinschaft den Grund zu einer actio pro socio darzubieten vermögen. Dazu kommt, daß die Basiliken übersehen⁷¹⁾:

Ὁ δανειστὴς ἄδειαν ἔχει κατὰ τοῦ ἐνὸς τῶν δύο ἐναγομένων καὶ ἐπερωτωμένων⁷²⁾ κινεῖν καὶ λοιπὸν εἰ τὸ πᾶν χρεὸς λάβῃ, βοηθεῖται ὁ χρεώστης περὶ τοῦ ἡμίσεως μέρους ἕνεκεν τοῦ συνυπευθύνου.

Auch in diesen Worten ist eines gemeinschaftlichen Zwecks der correi bei Aufnahme des Darlehns mit keiner Sylbe gedacht und dessenungeachtet dem einen zum Vollen zahlenden correus das Regreßrecht gegen den anderen zugesichert um des halben Anthells des anderen correus willen (τοῦ ἡμίσεως μέρους ἕνεκεν), d. h. weil jeder der beiden correi von dem aufgenommenen Darlehne die Hälfte bekommen hat, mithin hinsichtlich der anderen Hälfte als Intercedent für eine in wirthschaftlicher Beziehung ihm fremde Schuld des anderen zu betrachten ist und nach der Zahlung des Ganzen insoweit, aber auch nur insoweit billigermaßen vom anderen correus Ersatz verlangen kann. Kein anderer Sinn ist daher auch den lateinischen Originalworten: cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti beizulegen⁷³⁾, wie viele Rechtslehrer richtig erkannt haben⁷⁴⁾, so daß daraus nur folgt: falls einer der beiden correi allein das ganze Darlehn empfangen hätte⁷⁵⁾, so

⁶⁸⁾ Vergl. v. Schröter in Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. 6 S. 418 ff., S. 431 ff. — Habicht, rechtliche Grörterungen Bd. 1 S. 4—24. — ⁶⁹⁾ Vgl. Habicht a. a. D. S. 36—65. — v. Savigny, Obligationenr. Th. 1 S. 261 ff. — S. auch die bei v. Schröter a. a. D. S. 426 not. 1 und die bei Habicht a. a. D. S. 65 citirten Rechtslehrer. — ⁷⁰⁾ cf. l. 12 C. si cert. pet. (4. 2) . . Si in rem communem cum Jone mutuam sumsisti pecuniam. — ⁷¹⁾ Basil. XXVI, 3 c. 4 (Heimb. III, p. 109): Creditor facultatem habet contra unum ex duobus reis promittendi agendi: et ideo si totum debitum consecutus fuerit, subvenitur debitori adversus correum de dimidia debiti parte. — ⁷²⁾ Die Lesart Fabrot's: ἐπερωτώντων ist unrichtig. — ⁷³⁾ l. 71 D. de fidej. (46. 1) . . mutuam pecuniam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint . . si non fuerit societas . . si socii fuerint. — ⁷⁴⁾ v. Schröter a. a. D. S. 427 und die daselbst in not. 1 citirten Juristen. — ⁷⁵⁾ cf. l. 5 C. si cert. pet. (4. 2): Si singuli in solidum . . stipulanti creditori sponte vos obligastis, licet uni numerata sit pecunia.

würden die Kaiser dem zahlenden *correus* entweder gar keinen Erstattungsanspruch oder einen Erstattungsanspruch zum Vollen gewährt haben, je nachdem der zahlende oder der andere *correus* der Darlehensempfänger gewesen wäre. Es sind also lediglich die Voraussetzungen der wirklichen Cession, von denen die Kaiser auch das von ihnen ohne Cession zugesagte Regreßrecht abhängig machen. Sollte nun diese Erkenntniß den Schluß nicht rechtfertigen: die Kaiser Diocletian und Maximian, welche bereits dem Legatar⁷⁶⁾ und demjenigen, welcher ein nomen an Zahlungs Statt empfing⁷⁷⁾, ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones* gewährten, hätten auch dem zur Zahlung genöthigten *correus* zum Zweck billigen Regresses eine auf fingirter Cession beruhende *utilis actio suo nomine* gegen den anderen *correus* zu verschaffen beabsichtigt, zumal damit der Auspruch einer Basilikenscholie übereinstimmt, daß der Regreßberechtigte für die durch eignen Verzug erlittenen Schäden keine Vergütung zu erlangen im Stande sei^{77a)}? — Der Inhalt des Rescripts ist insofern, als er die Anweisung an den Provinzialvorsteher zur Ertheilung der Klage in die schonende Form einer Versicherung über die zu erwartende Thätigkeit des Provinzialvorstehers einleidet, nichts weniger, als widersprechend⁷⁸⁾, dagegen insofern, als der lateinische Ausdruck: *Rector provinciae juvare non cunctabitur* gleich der griechischen Uebersetzung *βοηθεῖται ὁ ῥεωδότης* auf eine außerordentliche Rechtshilfe hinweist, wozu die durch die einfache Thatsache der Zahlung begründete *utilis actio* gehört⁷⁹⁾, entschieden unterstützend.

Sollten dessenungeachtet nicht alle Bedenken zum Schweigen gebracht sein, so würde den letzten Ausschlag für unsere Erklärung folgende vom *sponsor judicatum solvi* handelnde Stelle geben müssen:

Ulpianus lib. 31 ad Edictum⁸⁰⁾.

— — Marcellus autem sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spopondit, ut si quidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat: sin vero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat: quae sententia utilitati rerum consentanea est.

Nach dem Zusammenhange ist es außer Zweifel, daß ein von der beklagten Partei durch *stipulatio* geleistetes Versprechen, das Ur-

⁷⁶⁾ l. 18 C. de legat. (8. 37). S. S. 216. — ⁷⁷⁾ l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). S. S. 205 f. — ^{77a)} Schol. zu Basil. II, 3 c. 173 §. 2 (Heimb. I, p. 80). — ⁷⁸⁾ M. in v. Savigny, Obligationenr. Th. I S. 262. — ⁷⁹⁾ l. 45 §. 9 D. de jure fisci (49. 14). S. S. 284 not. 18. — l. 63 D. de reiv. (6. 1). S. S. 259 f. — l. 29 D. fam. herc. (10. 2). S. S. 267 f. — cf. Schol. 3 zu Basil. XXIII, 1 c. 17 (Heimb. II, p. 613) . . πᾶν γὰρ οὐτλίον ἔξτραορδινάκιον. — Omne enim utile extraordinarium. — ⁸⁰⁾ l. 6 §. 7 in f. D. mand. (17. 1).

theil zu erfüllen, vom Advocaten durch eine auf dasselbe gerichtete sponsio verstärkt worden ist. Im vorjustinianischen Rechte wird nun gewiß — wie Rudorff vermuthet⁸¹⁾ — von einer bürgerrechtlichen sponsio⁸²⁾ und daher zum Zweck des Regresses statt der jetzt im Texte erscheinenden utilis actio von der depensi actio die Rede gewesen sein⁸³⁾. Im justinianischen Rechte ist aber als Form bürgerrechtlicher Verpflichtung die sponsio gleich der fidepromissio abgekommen und nur die fidejussio übrig geblieben⁸⁴⁾. Die Compiler, welche desungeachtet die ausdrückliche Hervorhebung einer sponsio in das Corpus juris herübernahmen, mußten daher voraussetzen, daß man fortan darunter nicht mehr eine vom Advocaten als Nebenverpflichteten, sondern eine vom Advocaten als Correalverpflichteten übernommene Verstärkung der vom Beklagten geleisteten promissio judicatum solvi verstehen werde⁸⁵⁾. Wenn sie dann ferner als Folge der veränderten Auslegung die ursprüngliche actio depensi mit einer utilis actio vertauschten, was wollten sie damit erreichen? Offenbar nichts anderes, als eine Bestätigung der im zuvor erörterten Rescripte weniger deutlich vor Augen gestellten Regel, daß der zur Zahlung des Ganzen gezwungene correus debendi, soweit er als Intercedent für eine nach ökonomischer Betrachtung ihm fremde Schuld des anderen correus sich ausweise, auch ohne Cession, wie wenn es dert wäre, die Klage des Gläubigers als utilis actio suo nomine zum Zweck des Regresses gegen den anderen correus anzustellen berechtigt sei; denn daß unter der auf Interpolation beruhenden utilis actio des Advocaten, welcher durch den bedungenen Lohn vom eventuellen Gebrauche der mandati actio contraria sich ausgeschlossen hat, gleichwohl aber die ganze Schuld zu bezahlen genöthigt gewesen ist, ohne gegen den bedungenen Lohn die ganze Gefahr der sponsio übernommen zu haben, nicht eine directa oder utilis mandati actio contraria zu verstehen ist, erhellt aus der Basilikenscholie, welche im ausdrücklichen Gegensatz jener Klagen die utilis actio als eine besondere ἀγωγή οὐτιμία ἤτοι πλαστή bezeichnet⁸⁶⁾, d. h. als eine durch fingirte Cession übertragene utilis oder fictitia actio. Dieses Resultat durften die Compiler denn auch füglich als eine sententia utilitati rerum consentanea preisen lassen, da es in der That eine fühlbare Lücke des Rechtssystems vollkommen befriedigend ausfüllt.

⁸¹⁾ Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 14 S. 363. — — ⁸²⁾ Gaj. III, 115. 116. — — ⁸³⁾ Gaj. III, 127. IV, 9. 22. 25. 102. 171. 186. — Pauli sent. rec. I, 19 §. 1. — cf. lex Rom. Burgund. tit. 15. — — ⁸⁴⁾ pr. J. de fidej. (3. 21), l. 1 §. 8 D. de O. et A. (44. 7). — — ⁸⁵⁾ Mehlisch bei l. 46 D. mand. (17. 1). — Verqf. pr. J. de duob. reis (3. 17), l. 4, l. 6 §. 2, l. 8, l. 11 §. 2 D. eod. (45. 2). — — ⁸⁶⁾ Schol. 17 zu Basil. XIV, 1 c. 6 §. 7 (Heimb. II, p. 76).

Hiernach scheint die dem zahlenden *correns* auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, behuf seiner Regreßnahme einzuräumende *utilis actio* von den letzten Zweifeln befreit worden zu sein. Der Correalverpflichtete unterscheidet sich dadurch von dem Bürgen, welchem eine auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* als Mittel der Regreßnahme gegen Hauptschuldner und Mitbürgen bestimmt abgesprochen ist⁸⁷⁾, weil hinsichtlich des Hauptschuldners in Ermangelung wirklicher Cession immer noch die *actio contraria mandati* oder *negotiorum gestorum* zu Gebote steht, und hinsichtlich der Mitbürgen, selbst wenn dieselben im Verhältniß zu einander als Correalverpflichtete betrachtet werden dürften, doch jedenfalls das auch unter Correalverpflichteten zur Regreßnahme unerläßliche Intercessionsverhältniß des einen Bürgen für eine wirthschaftlich den anderen Bürgen betreffende Schuld fehlen würde.

VIII. Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen¹⁾.

§. 38. Auch die durch gewaltfreie Personen besorgte Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen bringt unter gewissen Voraussetzungen die Wirkung hervor, daß theils in Fällen directer Vertretung dem Vertreter, theils in Fällen indirecter Vertretung dem Vertretenen ohne Cession, als ob cedirt wäre, *utiles actiones suo nomine* ertheilt werden.

A. *Utiles actiones* des Vertreters in Fällen directer Vertretung.

Nach römischem Rechte vermag zwar der Bote (*nuntius*), d. h. derjenige Vertreter, welcher als einfaches Werkzeug zur Mittheilung der Willensmeinung des Vertretenen handelt, also gleichsam als ein leben-

⁸⁷⁾ Gaj. III, 122. — §. 4 J. de fidej. (3. 21). — 1. 39 D. de fidej. (46. 1). — 1. 11, 1. 14 C. de fidej. (8. 41). — C. C. 18 f., C. 191.

¹⁾ Das der Frau nach getrennter Ehe gebührende Rückforderungsrecht der *dos*, früher durch die *actio rei uxoriae*, später durch die Klage aus einer fingirten Stipulation geltend gemacht, wird zwar daher erklärt: *quoniam et alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offerre* [1. 9 C. de pact. conv. (5. 14)], beruht aber auf einem unmittelbar gesetzlichen Fundamente, nicht auf dem Vertrage eines Dritten; gehört also nicht hierher. Ebenso das Verhältniß der *donatio propter nuptias*. — cf. Buchta, Stellvertret. §. 10 C. 93 ff.

diger Brief dient²⁾, Verträge direct für den Vertretenen zu begründen³⁾; allein sonst ist in der Regel jeder auf den Namen eines Dritten gestellte Vertrag ungültig⁴⁾. Eine Ausnahme machen nur diejenigen Geschäfte, bei welchen der Vertreter zunächst als Ueberlieferer fremden Eigenthums fungirt, indem nicht bloß die vom Vertreter im Namen des Vertretenen geschehene Ueberlieferung (traditio), sondern auch die der Ueberlieferung gegebene Bestimmung (lex) direct auf den Vertretenen bezogen wird. So kommt es, daß der Vertreter, gleichwie er durch die im Namen des Schuldners geleistete Zahlung den Vertretenen ipso jure befreiet⁵⁾, so auch dem Vertretenen durch die im Namen und mit dem Willen desselben⁶⁾ darlehnsweise, indebite, ob rem geschehene Hingabe direct die *condictio ex mutuo*⁷⁾, *condictio indebiti*⁸⁾, *condictio causa data causa non secuta*⁹⁾ verschafft¹⁰⁾.

Den tieferen Grund dieser Erscheinung und damit die Grenzen ihres Umfangs findet man mit Recht in dem von Paulus ohne das erst von Tribonian zugesetzte Wort: *semper*¹¹⁾ unbeschränkt ausgesprochenen Satz¹²⁾:

2) I. 1 §. 2 D. de contrah. emt. (18. 1), I. 2 §. 2 D. de O. et A. (44. 7), I. 1 §. 1 D. de proc. (3. 3), I. 37 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), I. 9 C. si quis alteri vel sibi (4. 50). — — 3) I. 2 §. 2 D. de O. et A. (44. 7), I. 1 §. 2 D. de contrah. emt. (18. 1), I. 2 pr. D. de pact. (2. 14), I. 14 §. 3, I. 15 D. de pec. const. (13. 5). — cf. I. 1 §. 1 D. de proc. (3. 3), I. 25 §. 4 D. de acquir. her. (29. 2), I. 37 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — I. 9 C. si quis alteri vel sibi (4. 50). — — 4) I. 73 §. 4 D. de reg. jur. (50. 17), I. 38 §. 17, I. 126 §. 2 D. de V. O. (45. 1), §. 4. 19 J. de inutil. stip. (3. 20), I. 3 C. de contrah. et comm. stip. (8. 38), §. 5 J. per quas pers. (2. 9), I. 1 C. eod. (4. 27), I. 6 C. si quis alteri (4. 50). — §. 40. — §. 43. — — 5) I. 23, I. 40, I. 53 D. de solut. (46. 3), I. 39, I. 43 D. de neg. gest. (3. 5), I. 12 §. 6 D. mand. (17. 1), I. 5, I. 17 C. de solut. (8. 43), I. 1, I. 4, I. 9 pr. C. ad SCt. Vellej. (4. 29), I. 33 §. 2 D. de legat. III (32). — — 6) A. M. ist Heimbach, Lehre vom creditum S. 171, 185 und Thering im Jahrb. für Dogm. Bd. 2 S. 89 ff. wegen I. 8 §. 9 D. de reb. cred. (12. 1), I. 4 C. si cert. pet. (4. 2). — — 7) I. 2 §. 1, I. 9 §. 8, I. 15 D. de reb. cred. (12. 1), I. 126 §. 2 D. de V. O. (45. 1), I. 34 pr. D. mand. (17. 1), I. 35 §. 2 D. de donat. (39. 5), I. 4 C. si cert. pet. (4. 2), I. 2 C. per quas pers. (4. 27). — — 8) I. 6 §. 3, I. 47, I. 57 pr. D. de condict. ind. (12. 6), I. 6 C. eod. (4. 5), cf. Schöl. I. 2 zu Basil. XXIV, 1 c. 23 (Heimb. III, p. 10). — — 9) I. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), I. 43 §. 1, I. 59 §. 2 D. de jure dot. (23. 3). — Zu I. 6 pr. §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) cf. Schöl. 4 zu Basil. XXIX, 1 c. 39 (Heimb. III, p. 379). — — 10) cf. Buchta, Stellvertret. §. 9 S. 81 ff. — — 11) Interpr. Anon. ad Basil. VIII, 2 c. 68 (Heimb. I, p. 397). — — 12) I. 72 D. de proc. (3. 3). — cf. Schöl. 1 zu Basil. VIII, 2 c. 68 (Heimb. I, p. 397).

Per procuratorem non (semper) acquirimus actionem, sed retinemus: veluti si reum conveniat intra legitimum tempus: vel si prohibeat opus novum fieri ut interdictum nobis utile sit: QUOD VI AUT CLAM; nam et hic pristinum jus nobis conservat.

Klagerechte sollen uns durch Procuratoren nicht erworben, wohl aber erhalten werden, z. B. durch eine Mahnung (conventio)¹³⁾ des Procurators die ohne Mahnung nach der lex Furia nur zwei Jahre lang (legitimum tempus) zustehende Klage gegen den sponsor oder fidepromissor¹⁴⁾, oder die ohne Mahnung mit dem Tode der Ehefrau aufhörende actio rei uxoriae¹⁵⁾, oder die ohne Mahnung durch den Untergang des geschuldeten Gegenstandes erlöschende actio ex stipulatu, denn nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri¹⁶⁾; ferner durch ein gegen neue Anlagen gerichtetes Verbot des Procurators das ohne Verbot nur wegen Heimlichkeit, nicht wegen Gewaltthätigkeit statthafte interdictum quod vi aut clam¹⁷⁾, nam facto magis tuo delinquentis, quam alieno acquiritur actio¹⁸⁾; sodann durch die vom Procurator bethätigte Ergreifung des Diebes die ohne solche Ergreifung nur wegen furtum nec manifestum, nicht wegen furtum manifestum begründete furti actio¹⁹⁾, weil auch hier wieder gesagt werden kann, daß der Erwerb der Klage mehr im Verbrechen des Diebes, als in der Handlung des durch die Ergreifung dem Vertretenen nur einen Dienst (officium) leistenden Vertreters begründet sei²⁰⁾. Endlich — dürfen wir mit Beziehung auf das vorhin Erörterte hinzufügen — soll uns durch die Bestimmung (lex), welche der Procurator einer in unserem Namen geschehenen Eigenthumsüberlie-

¹³⁾ fr. Vat. §. 334. — Auch Schol. 3 zu Basil. XXIII, 3 c. 24 §. 2 (Heimb. II, p. 703) berichtet den Irrthum der Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 68 (Heimb. I, 397), welche das convenire von gerichtlicher Klageanstellung und litiscontestatio versteht. — cf. l. 6 §. 9. 10 D. de neg. gest. (3. 5). — — ¹⁴⁾ Gaj. III, 121. — cf. Basil. XXVI, 1 c. 93 (Heimb. III, p. 105). — l. 29 C. de fidej. (8. 41). — — ¹⁵⁾ fr. Vat. §. 95. 97. 112. 334. — Ulp. fr. VI, 7. — cf. l. un. §. 4 C. de rei uxor. act. (5. 13). — — ¹⁶⁾ l. 24 §. 2 D. de usur. (22. 1). — Schol. 3. 5 zu Basil. XXIII, 3 c. 24 §. 2 (Heimb. II, p. 703 sq.). — cf. Ruffinat, negot. gest. §. 77 ff. — — ¹⁷⁾ fr. Vat. §. 334. — l. 3 pr., l. 17 D. quod vi aut cl. (43. 24), l. 17 D. de op. nov. nunc. (39. 1), l. 10 D. quod cuj. univ. nom. (3. 4). — Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 68 (Heimb. I, p. 397). — — ¹⁸⁾ l. 3 pr. D. quod vi aut cl. (43. 24). — — ¹⁹⁾ l. 24 §. 2 D. de usur. (22. 1), l. 7 §. 3 D. de furt. (47. 2). — Schol. 3 zu Basil. XXIII, 3 c. 24 §. 2 (Heimb. II, p. 703 sq.). — — ²⁰⁾ Ein anderes Beispiel der Art bietet l. 11 D. ut legator. seu fideicom. serv. (36. 3). Vergl. l. 6 §. 1 D. D. ut in possess. legat. (36. 4).

ferung beifügt, die auf *dari oportere lautende condictio*²¹⁾, welche uns wegen grundlosen Uebergangs aus unserem Vermögen in das Vermögen des Empfängers ohne jene Bestimmung des Procurators zustehen würde²²⁾, in Gestalt der mit unveränderter Formel und unveränderter Wirkung gegebenen²³⁾ *condictio ex mutuo, condictio indebiti, condictio causa data, causa non secuta* erhalten werden; denn bei allen diesen Klagen erscheint die Thätigkeit des Procurators neben der abstracten Thatfache der Vermögensveränderung — dem *de meo tuum fieri*²⁴⁾ — welche als eigentlicher Grund des Klagerechts gilt²⁵⁾, abermals auf den Erfolg beschränkt, das Klagerecht nicht erworben, sondern entfaltet zu haben, also: *et hic pristinum jus nobis conservat.*

Die hiernach in Betreff der lehterwähnten Klagen bestehende Möglichkeit vollständiger oder directer Vertretung brachte dem Verkehr große Erleichterung, führte aber auch für den Vertreter mancherlei Gefahren mit sich. So oft der Vertreter der Genehmigung des Vertretenen nicht im Voraus sich versichert hatte, entstand Verlegenheit, wenn der Vertretene aus irgend einem Grunde die Anerkennung der Geschäftsführung ablehnte, und — je nachdem die Mittel zur Begründung der *condictio* ursprünglich dem Vermögen des Vertreters oder dem Vermögen des Vertretenen entnommen waren — den Ersatz dem Vertreter verweigerte oder vom Vertreter begehrte. Die Grundsätze der *bona fides*, welche das Verhältniß der Geschäftsführung beherrschten, gewährten dann zwar dem Geschäftsführer das Recht, durch Klage oder Einrede zur thunlichsten Schadlosigkeit vom Geschäftsherrn jede ohne Opfer mögliche Beihülfe und Unterstützung zu verlangen, namentlich gegen Verzicht auf die Erstattung der eignen Aufwendungen, oder gegen Ersatz der dem Vermögen des Geschäftsherrn entzogenen Mittel Genehmigung der Geschäftsführung zu dem Zwecke zu fordern, damit der Geschäftsherr die durch den Geschäftsführer eingeleitete Begründung der *condictio* gegen den Empfänger des Geldes

21) Gaj. II, 204. IV, 18. 33. 41. 45. 86. — Cic. pro Rosc. Com. c. 4. — v. Savigny, Syst. Bd. 5 S. 609 ff., 712. — — 22) l. 4 §. 2, l. 12, l. 23, l. 32 D. de reb. cred. (12. 1), cf. l. 18 §. 1 D. eod., l. 1 §. 3 D. de cond. sine causa (12. 7), l. 66 D. de condict. ind. (12. 6), l. 25 fin. D. de act. rer. amot. (25. 2), l. 30 pr. in f. D. de act. E. V. (19. 1). — cf. Wite, Vericherungsfragen S. 139 ff. — — 23) Gaj. III, 91. — §. 1 J. quib. mod. re (3. 15), §. 6 J. de oblig. quac quasi ex c. (3. 28), l. 5 §. 3 D. de O. et A. (44. 7). — Schel. 2 zu Basil. XXIV, 1 c. 23 (Heimb. III, p. 10). — l. 38 §. 7 D. de usur. (22. 1). — cf. Sieke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 15 S. 77 ff. — — 24) l. 2 §. 2 D. de reb. cred. (12. 1), pr. J. quib. mod. re (3. 15), Gaj. III, 90. — — 25) Schel. 20 zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8 (Heimb. II, p. 600).

vollende und darauf das erworbene Klagerrecht dem Geschäftsführer abtrete; allein nicht selten mochten sich der Cession Hindernisse und Schwierigkeiten in den Weg stellen, so daß der Geschäftsführer ungeachtet der ihm auf deren Erlangung zustehenden Rechtsmittel gefährdet war. Der Prätor ging daher einen Schritt weiter, indem er zur Beseitigung dieser Gefahr die dem Geschäftsherrn ohne Opfer mögliche Cession der *condictio* und zu dem Ende zugleich die dem Geschäftsherrn ohne Opfer mögliche Genehmigung der Verwaltung ohne Weiteres als geschehen fingirte und auf Grund dieser Fiction dem Geschäftsführer *utiles actiones suo nomine* gegen den dritten Empfänger bewilligte.

Die Beweise liegen in folgenden Stellen:

1. Hinsichtlich der *condictio ex mutuo*.

a. Imp. Philippus A. et Philippus Caes. Maximo²⁶).

Si absentis pecuniam nomine ejus foenori dedisti, ac reprobato nomine mandatis actionibus experiris: praeses provinciae jurisdictionem suam praebebit. (§. 1.) Idem si cesare mandatnm animadverterit, utilem tibi adversus debitorem eo actionem nomine competere non negabit. — Propos. 15 Cal. Mart. Praesente et Albino Coss. — 247.

b. Paulus lib. 6 ad Sabinum²⁷).

Cum quaeritur judicio tutelae, quae nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat: Marcellus putabat, si tutor pecuniam pupilli mutuam dedisset et suo nomine stipulatus esset, posse dici nomina integra pupillo salva esse, deperdita et male contracta ad tutorem pertinere: sed verius se putare, posse tutorem eam conditionem adolescenti deferre, ut id, quod gessisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnosceret, aut a toto recederet; ita ut perinde esset, ac si tutor sibi negotium gessisset. Idem est et si pupilli nomine credidisset.

Das kaiserliche Rescript an den Maximus besagt: Wenn Maximus dem Titius im Namen des abwesenden Cajus Geld des Cajus oder — wie hinzugefügt werden darf — eignes Geld²⁸) geborgt hat, so erwirbt Cajus durch die Genehmigung der Geschäftsführung direct

²⁶) l. 4 C. si cert. pet. (4. 2). — cf. Basil. XXIII, 1 c. 48 (Heimb. II, p. 645), Donell. in comment. ad h. l. — — ²⁷) l. 16 D. de admin. et per. tut. (26. 7). — — ²⁸) Schöl. Thael. 1 zu Basil. XXIII, 1 c. 48 (Heimb. II, p. 645). — cf. l. 2 §. 4, l. 9 §. 8, l. 15 D. de reb. cred. (12. 1), l. 126 §. 2 D. de V. O. (45. 1), l. 34 pr. D. mand. (17. 1), l. 3 C. de contrah. et committ. stip. (8. 38).

die *condictio ex mutuo* gegen Titius²⁹⁾. Macht Cajus aber — etwa aus Mißtrauen gegen die Zahlungsfähigkeit des Titius — Einwendungen gegen die Geschäftsführung (*reprobato nomine*), so ist er wenigstens insoweit zur Genehmhaltung verbunden, als dieselbe nur zum Zweck der dem Geschäftsführer zu ertheilenden Cession einen opferfreien Erwerb der *condictio* herbeiführen soll³⁰⁾. Maximus kann also, wenn er das Darlehn aus dem Vermögen des Cajus gegeben hat, durch die der *actio negotiorum gestorum directa* des Cajus unter Angebot der Entschädigung entgegenzusetzende *exceptio doli*³¹⁾, und wenn er das Darlehn aus eigenem Vermögen gereicht hat, durch Aufstellung der *actio negotiorum gestorum contraria* Cession der *condictio ex mutuo* von Cajus erzwingen³²⁾, kann aber auch, sofern er der *condictio* des Cajus durch Vergütung des dafür aus dem Vermögen des Cajus, oder durch Verzicht auf Vergütung des dafür aus dem eignen Vermögen gemachten Aufwandes den Charakter einer auf Unkosten des Geschäftsführers ohne Rechtsgrund erworbenen Bereicherung des Geschäftsherrn verleiht, die *condictio ex mutuo* des Cajus gleich ohne Cession, wie wenn cedirt und die Geschäftsführung *ratihabirt* wäre, als *utilis actio* im eignen Namen gegen den Darlehensempfänger erheben³³⁾.

Die Zinsstipulation, welche Maximus nach den Worten: *foenori dedisti* dem für Cajus durch einfache *datio pecuniae* geschlossenen Realvertrage hinzugefügt haben wird³⁴⁾, mußte auf des Maximus eignen Namen lauten³⁵⁾, gewährte also dem Maximus sogar eine *directa actio ex stipulatu*, die der Geschäftsherr nur auf Grund wirklicher oder fingirter Cession des Geschäftsführers hätte erwerben können, mithin Maximus im Fall der durch Cajus ausgesprochenen Mißbilligung seiner Geschäftsführung ohne Weiteres anstellen konnte.

Dasselbe besagt — wenngleich weniger deutlich — das Bruchstück des Paulus, worin zugleich die Controverse, ob der Pupill die vom Vermunde für ihn belegten Capitale nach Auswahl oder nur im Ganzen sei es gutzuheißen, sei es zu verwerfen habe, nach dem Vorgange

²⁹⁾ Schol. 19 u. 20 zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8 (Heimb. II, p. 600). — Nach Ihering im Jahrb. f. Dogm. Bd. 2 S. 103 ff. bedarf es nicht einmal der *Ratihabition*. — ³⁰⁾ cf. l. 46 D. de *condict. ind.* (12. 6). — ³¹⁾ cf. Basil. 1. 1. — ³²⁾ Schol. 18 Abs. 3, Schol. 19 zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8 (Heimb. II, p. 599 sq.). — ³³⁾ cf. Schol. 18 zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8 cit. u. Thaelel. Schol. 3 zu Basil. XXIII, 1 c. 48 (Heimb. II, p. 646). C. C. 380 not. 42. — ³⁴⁾ l. 24 D. de *praeser. verb.* (19. 5), l. 10 §. 4 D. *mand.* (17. 1), l. 3, l. 7 C. de *usur.* (4. 32), Paul. *sent. rec.* II, 14 §. 1. — ³⁵⁾ l. 126 §. 2 D. de V. O. (45. 1).

des Marcellus³⁶⁾ zu Gunsten der zweiten Ansicht entschieden wird. Denn während der Eingang des Bruchstücks voraussetzt, der Vormund habe Geld des Pupillen verborgt und im eignen Namen dessen Rückgabe stipulirt, unterstellt der Ausgang des Bruchstücks, das Geld sei vom Vormunde ohne Stipulation im Namen des Pupillen ausgeliehen worden (si pupilli nomine dedisset). In beiden Fällen soll der Vormund dem sich vom Ganzen los sagenden Pupillen gegenüber so angesehen werden, als ob er durch die Capitalbelegung nicht für den Pupillen, sondern für sich selbst ein Geschäft besorgt hätte³⁷⁾. Die Geschäftsführung des Vormundes für den Pupillen würde dem Pupillen aus der Stipulation des Vormunds die für den Vormund direct begründete *condictio ex stipulatu* durch fingirte Cession als *utilis actio suo nomine*³⁸⁾ und aus der im Namen des Pupillen geschehenen *numeratio* des Vormunds direct die *condictio ex mutuo* verschafft haben; die Geschäftsführung des Vormunds für sich selber muß gerade entgegengesetzte Ergebnisse liefern, also die directe *condictio ex stipulatu* nach der vom Pupillen erfolgten Zurückweisung der auf fingirter Cession beruhenden *utilis actio* dem Vormunde exceptionsfrei gewähren und die direct für den Pupillen begründete *condictio ex mutuo* entweder durch wirkliche — nöthigenfalls mittelst der *exceptio doli*, beziehungsweise *actio tutelae contraria* erzwingbare³⁹⁾ — Cession, oder gleich als *utilis actio* durch fingirte Cession auf den Vormund übergehen lassen; denn durch die im eignen Namen geschehene Verborgung fremden Geldes würde der Vormund direct die *condictio ex mutuo*⁴⁰⁾, wie durch die im eignen Namen geschehene Stipulation des also verborgten fremden Geldes direct die *actio ex stipulatu*⁴¹⁾ erworben haben.

Zu der That wird dieses Ergebniß auch von Thaleläus bestätigt, welcher zum Schlusse des zuerst erklärten kaiserlichen Descriptis bemerkt⁴²⁾:

Τοῦτέστιν, εἰ καὶ μὴ ἐνταλθῇ σοι ἡ ἀγωγὴ παρ' ἐκείνου, οὕτινος εἰς ὄνομα ἐδανείσθῃ, ἔξεις οὐτίλιν· ὅπερ ἐστὶ

³⁶⁾ l. 11 §. 1 D. de usur. (22. 1), l. 7 §. 6 D. de adm. tut. (26. 7). — cf. l. 11 fin. D. de neg. gest. (3. 5). — — ³⁷⁾ cf. l. 47 §. 5 D. de per. et admin. tut. (26. 7), arg. a contrar. verb. — id nomen ad onus tutorum non pertinere. — — ³⁸⁾ C. §. 43. — — ³⁹⁾ arg. l. 39 §. 14 D. de adm. tut. (26. 7), l. 95 §. 10 D. de solut. (46. 3). — — ⁴⁰⁾ l. 7 C. si cert. pet. (4. 2), l. 43 D. mand. (17. 1). — — ⁴¹⁾ l. 2 C. si cert. pet. (4. 2). — — ⁴²⁾ Schel. 3 zu Basil. XXIII, l. c. 48 (Heimb. II, p. 646): Hoc est, quamvis mandata tibi non sit actio ab eo, cujus nomine pecunia credita est, habebis utilem. Idemque est, cum pupillus reprobatur nomina, quae tutor ejus fecit.

In welchen Fällen ist die Fiction der Cession u. 381

καὶ ἡνίκα πούπιλλος ἀποδοκιμάζει τὰ παρὰ τοῦ ἐπιτρόπου γενόμενα γραμματεῖα.

2. Hinsichtlich der *condictio indebiti*:

a. Paulus lib. 3 ad Sabinum⁴³⁾.

Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti, Labeo libris Posteriorum scripsit.

b. Scaevola lib. 5 Digestorum⁴⁴⁾.

Tutor creditori pupilli sui plus, quam debebatur, exsolvit: et tutelae iudicio pupillo non imputavit: Quaero, an repetitionem adversus creditorem haberet? Respondit, habere.

Nach des Paulus Bruchstücke ist schon Labeo der Ansicht gewesen, daß der Geschäftsführer, welcher ein indebitum des Geschäftsherrn bezahlt hat und die Genehmigung des Geschäftsherrn nicht zu erlangen vermag, vielmehr die aus eigenem Vermögen vorgeschossenen Zahlungsmittel nicht ersetzt bekommt und die aus dem Vermögen des Geschäftsherrn genommenen Zahlungsmittel ersetzen muß⁴⁵⁾, seinerseits das Gezahlte zurückfordern könne⁴⁶⁾; und nach Scaevola's Bruchstücke soll ebenso der Vormund, welcher dem Gläubiger seines Pupillen mehr, als des Letzteren Schuld, bezahlt hat und das Gezahlte dem Pupillen nicht in Anrechnung bringt, die Rückforderungsklage gegen den Gläubiger haben. Erwägt man nun, daß nicht bloß Celsus und Papinian wegen des vom Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn oder wegen des vom Vormunde im Namen des Pupillen gezahlten indebitum die directe *condictio* dem genehmigenden Geschäftsherrn und Pupillen zusprechen⁴⁷⁾, sondern auch Paulus nach dem Vorgange Julian's dem Vormunde wie dem Procurator die directe *condictio* des indebite gezahlten Geldes, mag dasselbe aus des Vertreters oder aus des Vertretenen Mitteln entnommen sein, ausdrücklich abspricht⁴⁸⁾: so würde man an sich schon annehmen müssen, Paulus und Scaevola haben in den abgedruckten Stellen die *condictio indebiti* dem Procurator und Vormund nicht direct, sondern lediglich auf Grund fingirter Cession und fingirter Ratihabition des Geschäftsherrn als *utilis actio* zugestanden. Zum Ueberfluß schreibt aber Papinian überdies noch hin-

⁴³⁾ l. 6 pr. D. de condict. ind. (12. 6), cf. l. 23 D. de neg. gest. (3. 5).

— — ⁴⁴⁾ l. 67 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6). — — ⁴⁵⁾ l. 23 D. de neg. gest. (3. 5), Schol. 50 zu Basil. XVII, 1 c. 22 (supplem. ed. Zach. de Lingeth. p. 144). — — ⁴⁶⁾ cf. Basil. XIV, 6 c. 6 pr. (Heimb. III, p. 30), Schol. 50 zu Basil. XVII, 1 c. 22 (supplem. ed. Zach. de Lingeth. p. 144).

— — ⁴⁷⁾ l. 47, l. 57 pr. D. de condict. ind. (12. 6), cf. l. 18 D. de condict. furt. (13. 1). — — ⁴⁸⁾ l. 6 §. 3 D. de condict. ind. (12. 6).

sichtlich mehrerer Tutoren, welche eine Schuld ihres Pupillen an einen minderjährigen Gläubiger vergleichsweise festgestellt und aus eigenem Vermögen bezahlt hatten, vom Pupillen aber keine Genehmigung des Vergleichs und der Zahlung erlangen konnten, mit unverkennbarer Beziehung auf die in Frage stehende Klage: *nec tutores contra adollescentem actionem, nec utilem, habebunt, qui suum recuperavit* ⁴⁹⁾).

3. Hinsichtlich der *condictio causa data, c. n. s.*

Proculus im 7. Buche seiner Briefe ⁵⁰⁾

wirft die Frage auf, wer die Rückforderungsklage anzustellen habe, wenn von dem Herrn seinem Sklaven unter der Bedingung, daß er mir 10 zahle, im Testament die Freiheit gegeben und vom Sklaven, ohne zu wissen, daß das Testament ungültig sei, die Bedingung erfüllt worden ist. Die Antwort lautet verschieden, je nachdem der Sklav selbst das Geld — wie erlaubt ist ⁵¹⁾ — aus seinem *Peculium* zahlt, oder je nachdem auf Ansuchen des Sklaven ein Dritter das Geld aus eigenem Vermögen vorschießt. Im ersten Falle ist das ohne Erlaubniß des Erben und neuen Herrn dem *Peculium* entnommene Geld, so lange es unvermischt bei mir vorhanden ist, Eigenthum des Erben und neuen Herrn geblieben und der Rückforderung desselben durch in *rem actio* unterworfen ⁵²⁾; im zweiten Falle dagegen heißt es wörtlich:

si autem alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei, eosque dominus servi, cujus nomine dati sunt, per conductionem petere potest. Sed tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere.

Hierin wird zunächst anerkannt, daß die von dem Dritten im Namen des Sklaveneigenthümers geleistete Zahlung Eigenthum des gezahlten Geldes auf mich, den Empfänger, überträgt ⁵³⁾, und dem Sklaveneigenthümer das Recht giebt, die durch Genehmigung der Zahlung direct erworbene *condictio causa data causa non secuta* auf Rückgabe des Geldes anzustellen. Sodann wird aber hinzugefügt, es entspreche der Billigkeit (*benignius*) und dem praktischen Bedürfniß (*utilius*), daß auf geradem Wege gleich der dritte Zahler das aus seinem

⁴⁹⁾ l. 96 §. 1 D. de solut. (46. 3), cf. l. 44 D. de condict. ind. (12. 6). — Cujac. (opp. IV, p. 1321 sq.). — ⁵⁰⁾ l. 53 D. de condict. ind. (12. 6). — cf. Windscheid, Voraussetzung S. 21 ff. — ⁵¹⁾ l. 3 §. 1, l. 31 fin. D. de statu lib. (40. 7), Schol. 7 fin. zu Basil. XLII, 1 c. 13 §. 3 (Heimb. II, p. 197). — ⁵²⁾ l. 3 §. 5. 9 D. de statu lib. (40. 7). — ⁵³⁾ l. 22 §. 8 D. mand. (17. 1), l. 9 §. 1 D. ad SCt. Macedon. (14. 6).

Vermögen hergegebene Geld zurückempfangen, d. h. daß die durch die Geschäftsführungsflage dem Sklaveneigenthümer zum Zweck der Cession abzurufende Genehmigung ohne Weiteres als geschehen angenommen und dem dritten Zahler auf Grund der außerdem als geschehen fingirten Cession ohne Umschweife die *condictio c. d. c. n. s.* gegen mich, den Empfänger des Geldes, als *utilis actio* zugestanden werde.

Wir haben hierdurch den Beweis der auf fingirter Cession beruhenden *utilis actio* sowohl bei der *condictio ex mutuo*, als bei der *condictio indebiti* und *condictio c. d. c. n. s.* geführt. Als gemeinsames Princip liegt einfach der Gedanke zum Grunde, der Vertretene soll die ihm durch ausschließliche Opfer des Vertreters erworbene Condictio, zu deren Cession er verpflichtet ist, gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* an den Vertreter verlieren, damit auf möglichst geradem Wege der zum Erwerbe der *condictio* verwandte Betrag demselben Vermögen, welchem er entzogen ist, wieder zugeführt werde und die von der Gerechtigkeit geforderte Ausgleichung, so viel thunlich, ohne Umschweife und Weiterungen zu Stande komme.

B. *Utiles actiones* des Vertretenen in Fällen indirecter Vertretung.

Einleitung. Mit Ausnahme des Darlehns, welches zwar ein §. 39. *creditum* bildet¹⁾ und als solches *nisi inter consentientes fieri non potest*²⁾, gleichwohl aber sammt den durch grundlosen Vermögensübergang entstehenden Conditionen an die abstracte Thatsache des *de meo tuum fieri* sich anschließt und insofern dem Begriffe eines Contracts im engeren Sinne fern bleibt³⁾, gilt von allen übrigen Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen die Regel, welche Paulus im 12. Buche zum Sabinus dahin ausspricht⁴⁾:

Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis in-

¹⁾ l. 2 §. 3 D. de reb. cred. (12. 1). — — ²⁾ l. 32 D. de reb. cred. (12. 1), l. 2 §. 4 D. eod. . . si voluntate mea des pecuniam. — Schol. 19. 20 zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8. — Schol. 3 zu Basil. XXIII, 1 c. 32 (Heimb. II, p. 600. 628). — Ueber l. 9 §. 8 D. de reb. cred. (12. 1) s. v. Savigny, Syst. Bd. 4 §. 157 not. g. — Buchta, Stellvertret. S. 84. — Ueber l. 4 C. si cert. pet. (4. 2) s. S. 378 ff. — H. M. Heimbach, Lehre vom creditum S. 171, 186 ff. — Jhering, Jahrb. für Dogm. Bd. 2 S. 87 ff. — — ³⁾ l. 10 D. de V. S. (50. 16). Ulp. . . Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur. — Gaj. III, 91. — §. 1 J. quib. mod. re (3. 15), l. 5 §. 3 D. de O. et A. (44. 7). — — ⁴⁾ l. 11 D. de O. et A. (44. 7).

itium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; id-
eoque neque stipulari, neque emere vendere, contrahere,
ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Jeder Gewaltfreie, welcher nicht bloß als Bote den Willen eines
Andern zu erkennen geben, sondern durch eigne Willensbestimmung
einen Contract in eignem oder fremdem Interesse zu Stande bringen
will, soll den Contract an seine Person anlehnen, damit derselbe
überhaupt obligatorische Wirkungen zu erzeugen im Stande sei⁵⁾. Nie-
mand also kann durch Stipulation, durch Kauf oder Verkauf oder auf
irgend andere Weise so contrahiren, daß ein Anderer im eignen
Namen direct (recte) klagt⁶⁾. Der Vertreter, welcher dem Ver-
tretenen durch Vertrag mit einem Anderen die Möglichkeit der Klage
gegen diesen verschaffen will, ist vielmehr genöthigt, zunächst in seiner
Person das Klagerecht zu begründen und dann das so begründete
Klagerecht auf den Vertretenen zu übertragen⁷⁾.

Die fortdauernde Gültigkeit oder doch die Allgemeinheit dieser
Regel ist zwar neuerdings bestritten worden, indem theils durchgängig
für das spätere römische Recht⁸⁾, theils wenigstens hinsichtlich aller eine
Rückforderung des Gegebenen begründenden benannten Realcontracte
die Möglichkeit einer directen Vertretung behauptet worden ist⁹⁾. Allein
jene erstere Ansicht ist überzeugend schon von anderen Seiten widerlegt
worden¹⁰⁾ und zur Widerlegung dieser zweiten Behauptung braucht
nur auf den Inhalt folgender Stelle aufmerksam gemacht zu werden:

Ulpianus lib. 28 ad Edictum¹¹⁾.

(§. 6). Per liberam autem personam pignoris obligatio
nobis non acquiritur: adeo ut ne per procuratorem (plerum-
que) vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione pignoratitia
convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Im-

⁵⁾ C. C. 375 not. 4. — — ⁶⁾ cf. l. 9 §. 2 D. de acquir. rer. dom.
(41. 1) . . recta vindicatio im Gegensatz der utilis actio. — — ⁷⁾ l. 1
§. 13, l. 5 pr. D. de exerc. act. (14. 1), l. 1 D. de inst. act. (14. 3), l. 49
§. 2 D. de poss. (41. 2), l. 8 §. 10, l. 10 §. 1. 6, l. 27 §. 5, l. 28, l. 45 pr.
§. 5, l. 59 pr. D. mand. (17. 1), l. 23 D. de liber. leg. (34. 3), l. 7 C. si
quis alteri (4. 50). — — ⁸⁾ v. Savigny, System Bd. 3 §. 113. — Obligatio-
neur. Th. 2 §. 56 C. 40 ff. — vorzüglich wegen l. 53 D. de acquir. rer.
dom. (41. 1). — — ⁹⁾ Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 2 S. 87 ff., C. 109 ff.,
S. 113. — — ¹⁰⁾ Buchta, Institut. Bd. 2 §. 203. — Buchta, Stellvertretung
S. 116 ff. — v. Schenck in der kritischen Ueberschau I, 3 S. 315 ff. — An-
strat über v. Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenburg 1854. —
Heimbach im Rechtsleric. Bd. 12 S. 797 ff. — — ¹¹⁾ l. 11 §. 6. 7 D. de
pign. act. (13. 7). — cf. Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 und Eschol. 12. 13
(Heimb. III, p. 59). — C. C. 81 ff.

peratore nostro: posse per liberam personam possessionem acquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non (semper) acquirat. (§. 7.) Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit.

Die im Namen des Vertretenen vom Vertreter geschehene Hingabe, wie die vom Vertreter im Namen des Vertretenen geschehene Entgegennahme einer Sache zum Pfande läßt das Eigenthum der Sache dort dem Vertretenen, hier dem Dritten, bringt also nicht schon ohne Vertrag obligatorische Beziehungen zwischen dem Vermögen des Vertretenen und dem Vermögen des Dritten hervor und kann ebendaher nicht Erhaltung vorhandener, sondern nur Erwerbung neuer Klagen als die Wirkung des Vertragsschlusses erscheinen lassen¹²⁾. Ulpian hat vielmehr vollkommen Recht, wenn er die — nicht einmal durch die auch hier wieder interpolirten Wörter plerumque und semper¹³⁾ durchbrochene¹⁴⁾ — Regel aufstellt: weder das Pfandpactum, als Quelle der actio hypothecaria, noch der Pfandrealecontract, als Grund der actio pignoratitia directa und contraria, könne durch einen freien Vertreter — einerlei ob procurator oder tutor — so geschlossen werden, daß der Vertretene direct vom Pactum oder vom Realcontracte erfaßt werde; denn wenn gleich Stellvertretung mit directer Wirkung für den Vertretenen nach einer Constitution des Severus¹⁵⁾ hinsichtlich des Besitzerwerbs und Besitzverlusts möglich sei, so reiche diese Möglichkeit im Gebiete des Pfandrechts doch nicht über den Besitzerwerb und den Besitzverlust an einem bereits verpfändeten Gegenstande (pignus nobis obligatum) hinaus, erstrecke sich also nicht auf die Begründung der Pfandobligation, welche der Betheiligte desungeachtet durch sich selbst, nicht durch freie Vertreter zu beschaffen habe. Procuratoren und Tutoren müßten folgeweise durch den Abschluß des Pfandpactum und des Pfandrealecontractes direct nicht die Vertretenen, sondern sich selbst zu Herren der pignoratitia actio directa, wie zu Herren der actio hypothecaria und der pignoratitia actio contraria machen.

Ulpian unterscheidet demnach bei dem Pfandrealecontracte sehr genau zwischen der conventio oder der Aeußerung des Contractswillens (obligatio)¹⁶⁾, und zwischen der in Gemäßheit dieses Willens

¹²⁾ C. C. 376 f. — — ¹³⁾ Schol. 11 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59). C. C. 375 not. 11. — — ¹⁴⁾ C. §. 43. — — ¹⁵⁾ l. 1 C. per quas pers. (7. 32), cf. §. 5 J. per quas pers. (2. 9) und Schrader ad h. l. — v. Savigny, Beßß §. 26. — — ¹⁶⁾ l. 1 §. 3. 4 D. de pact. (2. 14), l. 1 pr. §. 1 D. de pignor. act. (13. 7).

oder dieser conventio vollzogenen Besitzübergabe. Die Aeußerung des Contractswillens ist nur ein Stück des Pfandrealecontractes, welches zwar für sich genommen schon alle Erfordernisse des Pfandpactum enthält und daher den ausreichenden Grund der actio hypothecaria bildet, allein außerdem erst noch der Besitzübergabe bedarf, um alle Erfordernisse des Pfandrealecontractes zu erschöpfen und die pignoratitia actio directa und contraria hervorzubringen¹⁷⁾.

Die Möglichkeit directer Vertretung auf Seiten beider Contractanten ist hinsichtlich der Aeußerung des Contractswillens ebenso bestimmt ausgeschlossen, als hinsichtlich der Besitzübergabe zugelassen. Soll also der Pfandrealecontract durch Vertreter, z. B. durch Procuratoren oder Tutoren, zu Stande gebracht werden, so müssen diese im eignen Namen handeln und jedenfalls das Pfandpactum in Person abschließen, die Besitzübergabe aber entweder gleichfalls in Person vollziehen oder wenigstens durch einen in ihrem Namen handelnden Vertreter vollziehen lassen¹⁸⁾. Sonst wird die pignoratitia actio directa und contraria überhaupt nicht und noch weniger für und gegen die von den Procuratoren oder Tutoren vertretenen Personen begründet.

Ist dagegen das Pfandpactum von dem Pfandgeber A und dem Pfandnehmer B in Person verabredet, so können beide nach hinzutretener Besitzübergabe des pignus obligatum gegen einander die actiones pignoratitiae directa und contraria aufstellen, obschon immerhin bei der Besitzübergabe entweder A von C, oder B von D, oder gleichzeitig A und B von C und D vertreten worden sind¹⁹⁾. Bedenken wir nun, theils daß beim Pfandrealecontracte die Aeußerung des Contractswillens mit der in Gemäßheit derselben vollzogenen Tradition der Zeit nach keineswegs zusammenzutreffen braucht, sondern derselben vorhergehen darf²⁰⁾, weil der Abschluß des Pfandpactum den Contractswillen des Verpfänders unwiderruflich gebunden hält²¹⁾, dergestalt, daß jeder spätere Besitzerwerb des Gläubigers als dem Willen des Verpfänders entsprechend angesehen wird und weder als diebliche noch als gewaltsame Besitzergreifung zu gelten vermag²²⁾, theils endlich, daß es eine Art der Besitzübergabe ist, wenn A

¹⁷⁾ C. C. 72 f. — ¹⁸⁾ Die Schol. 12 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 60) sagt zu dem Satze, daß wir den Besitz einer uns verpfändeten Sache auch durch einen Procurator oder Tutor erwerben können: *ἄλλοι δέ, ὅτι ἐνταῦθα ὀνόματι ἐμοῦ παραλαμβάνει τὴν νομὴν.* — Certum autem est, hoc loco procuratorem meo nomine possessionem acquirere. — ¹⁹⁾ l. 1 §. 14 D. depos. (16. 3). — ²⁰⁾ l. 9 D. in quib. caus. tac. (20. 2). — ²¹⁾ arg. l. 14 §. 5 D. de div. temp. praeser. (44. 3). — ²²⁾ l. 55 D. de furt. (17. 2), cf. Schol. 1. 2 zu Basil. LX, 12 c. 65 (Heimb.

ohne Thätigkeit des B mit dessen Willen Besitz erwirbt²³⁾: so erklärt sich, warum der durch die *actio hypothecaria* ersrittene oder gar ohne obrigkeitliche Mitwirkung einfach durch Selbsthülfe errungene Besitzergwerb zur Vollendung des Pfandrealscontractes für ausreichend erachtet werden kann, mag der Verpfänder selbst oder ein Dritter zur Tradition veranlaßt worden sein²⁴⁾ und dem Pfandgläubiger selbst oder statt seiner einem Andern, z. B. dem Procurator, Cessionar oder Austerpfandgläubiger, die verpfändete Sache tradirt haben. Denn selbst im Fall der Vertretung wird das Pfand immer auf der einen Seite als ein vom Schuldner verpfändetes, also im Namen des Schuldners und mit dem durch die frühere Verpfändung unwider- rüßlich erklärten Willen desselben übergeben, und auf der anderen Seite als ein dem ursprünglichen Gläubiger verpfändetes, also im Namen des ursprünglichen Gläubigers von einem mit dem Willen desselben oder kraft Amtes für denselben handelnden Repräsen- tanten in Empfang genommen^{24 a)}.

Zweifel gegen den letzten Satz könnten freilich für die Fälle auf- geworfen werden, wenn ein Cessionar oder ein Austerpfandgläubiger des ursprünglichen Pfandgläubigers die *utilis hypothecaria actio* anstellt, also im eignen Namen klagt und auch den ersrittenen Pfand- besitz im eignen Namen erwirbt; allein die Zweifel verschwinden vor der Erwägung, daß die scheinbar einige Tradition in Wahrheit in zwei verschiedene Uebergabeacte sich auflöst. Der Hergang wird näm- lich mit Hülfe der *traditio br. manu* so gedacht, daß der Besitz zu- vörderst vom Tradenten auf den vom Cessionar oder Austerpfandgläu- biger vertretenen ursprünglichen Gläubiger und dann erst zufolge der vom ursprünglichen Gläubiger durch die Cession oder Austerverpfän- dung erteilten Ermächtigung vom ursprünglichen Gläubiger auf den Cessionar oder Austerpfandgläubiger übertragen worden sei²⁵⁾. Auch beim Cessionar und beim Austerpfandgläubiger wird also der Besitz- erwerb über die Person des Cedenten bezüglich über die Person des ursprünglichen Pfandgläubigers hinübergeleitet, was in der Person des ursprünglichen Pfandgläubigers die zur Vollendung des Pfandreals- contractes erforderliche Besitzübertragung herstellt und trotz der hinsicht-

V, p. 509). — Paul. sent. rec. V, 26 §. 4. — l. 3, l. 4 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 11 C. de pign. act. (4. 24), l. 9 D. in quib. caus. tac. (20. 2). — lex Rom. Burg. XV. — Cassiodor. IV, 10 . . nec liceat cuiquam sua sponte nisi obligatum forsitan pignus auferre. — — ²³⁾ l. 47 D. de reiv. (6. 1), l. 6 D. de donat. (39. 5), l. 12 §. 5 D. de usufr. (7. 1). — — ²⁴⁾ l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 21 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — ^{24 a)} C. C. 79 ff. — — ²⁵⁾ l. 3 §. 12 D. de don. int. V. et U. (24. 1).

lich des Besitzerwerbs am *pignus obligatum* auf Seiten des Pfandgläubigers Statt gehabten Vertretung den Vertretenen doch geradezu der *actio pignoratitia directa* unterwirft und mit der *actio pignoratitia contraria* ausrüñt²⁶⁾.

Auf die bei Realcontracten hinsichtlich des Besitzerwerbs und des Besitzverlustes statthafte Repräsentation bezieht sich folgende Bemerkung des Enantiophanes²⁷⁾:

εἰσὶ δὲ πολλὰ θέματα ὑπὸ τὴν ῥὲ ἐναγόμενα, ἐν οἷσιν μὴ λαβὼν ἢ δεδωκὼς δοκεῖ τὴν σύστασιν τοῦ συναλλάγματος λαβεῖν καὶ δεδωκέναι.

ohne daß daraus — abgesehen von dem insofern nicht zu den Realcontracten gerechneten *mutuum*²⁸⁾ — auf die Statthaftigkeit einer über die Tradition hinaus auch den Contractswillen beim Gläubiger oder Schuldner umfassenden Vertretung geschlossen werden dürfte. Wäre dem anders, so würde nicht in allen Beispielen dieser Art, insbesondere bei dem *commodatum* und *depositum*, wo nicht schon, wie beim *pignus*, die ohne Besitzübergabe Statt gehabte Uebereinkunft bindende Wirkungen hat, die Gegenwart desjenigen, für den ein Anderer bei der Tradition thätig ist, mit Geflossenheit hervorgehoben sein, um außer Zweifel zu setzen, daß der Anwesende den der Besitzübergabe hinzutretenden Vertrag in Person geschlossen habe²⁹⁾ und von dem Anderen nur bei der Besitzübergabe vertreten worden sei³⁰⁾.

Wir dürfen hiernach als gewiß annehmen, daß die Möglichkeit directer Vertretung im römischen Rechte streng auf solche Rechtsgeschäfte beschränkt geblieben ist, welche, wie das *mutuum*, wesentlich auf der Ueberlieferung von Eigenthum beruhen und den Empfänger einfach zur Rückübertragung von Eigenthum verbinden, den Hingebenden aber von jeder contractlichen Verpflichtung frei lassen. Alle übrigen benannten und unbenannten Realcontracte, welche beide Contractanten zu einem bestimmten Verhalten gegeneinander verpflichten und daher nicht bloß den Geber gegen den Empfänger, sondern auch den

²⁶⁾ l. 11 §. 5, l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7). C. C. 81 f. —
— ²⁷⁾ Schol. 65 zu Basil. XVII, 1 c. 32 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 148): Sunt autem multi casus obligationum re contractarum, in quibus qui non accepit vel dedit, ut contractus consistat, accepisse vel dedisse videtur. — ²⁸⁾ C. C. 383 not. 3. — ²⁹⁾ l. 12 D. de evict. (21. 2). — ³⁰⁾ a. l. 25 pr. D. depos. (16. 3) in Verbindung mit l. 32 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5), cf. Basil. XIII, 2 c. 25 pr. u. Schol. 1 (Heimb. II, p. 53). — b. l. 31 §. 1 D. de donat. (39. 5) in Verbindung mit l. 9 §. 3 D. de jure dot. (23. 3), cf. Basil. XLVII, 1 c. 30 §. 1 und Schol. 4—7 (Heimb. IV, p. 576). — Ueber l. 6 C. de donat. int. V. et U. (5. 16), f. §. 45. — Ueberhaupt aber vergl. l. 1 §. 21 D. de possess. (41. 2).

Empfänger gegen den Geber zu Contractsklagen berechtigen, sind der oben von Paulus für alle Contracte aufgestellten Regel unterworfen, daß gewaltfreie Vertreter das Klagerrecht zunächst in ihrer eignen Person zu begründen und dasselbe dann erst auf die Vertretenen zu übertragen haben.

Diese Uebertragung kann indeß nicht bloß durch wirkliche, sondern unter Umständen auch durch fingirte Cession geschehen; denn die Behauptung des Paulus, daß Niemand so zu contrahiren vermöge: *ut alter suo nomine recte agat*, bleibt desungeachtet wahr, da dem Vertretenen auf Grund der fingirten Cession zwar im eignen Namen, aber doch nicht direct (*recte*), sondern nur abgeleitet (*utiliter*) zu klagen gestattet ist.

Fragen wir nun, unter welchen Voraussetzungen der Vertretene aus den vom Vertreter für ihn eingegangenen Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen — zu welchen letzteren namentlich die *litis contestatio* und die daraus sich entwickelnde *res judicata* ³¹⁾, ferner der außergerichtlich oder wenigstens in *jure* zugeschobene Eid ³²⁾ und die *confessio in jure* ³³⁾ gehören — gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones* im eignen Namen erhält, so glauben freilich die neueren Rechtslehrer mit Mühlenthal ³⁴⁾ an der Möglichkeit einer allgemein gültigen Antwort verzweifeln zu müssen; eine sorgfältigere Abstraction scheint jedoch zu gestatten, daß zur befriedigenden Lösung der Aufgabe als Ausgangspunkt des römischen Rechts folgender Satz aufgestellt werde:

Der Vertretene erhält durch fingirte Cession eine *utilis actio suo nomine*, wenn der Vertreter als solcher das Klagerrecht begründet hat und den materiellen Inhalt des begründeten Klagerrechts sich selbst vorzubehalten entweder an sich nicht rechtlich interessirt ist, oder zwar rechtlich interessirt ist, allein — soweit dieses geschehen kann — von vornherein erklärt, sein rechtliches Interesse zu Gunsten des Vertretenen aufgeben zu wollen.

a. Als solcher begründet der Stellvertreter das Klagerrecht, wenn er nicht bloß still innerlich, sondern auch offen nach seinem äußeren Auftreten gegen den anderen Contrahenten in frem-

³¹⁾ l. 3 §. 11 D. de pecul. (15. 1), l. 22 D. tut. (27. 3), cf. Keller, Proc. §. 62. — ³²⁾ l. 5 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 2, l. 25, l. 26 §. 2, l. 35 §. 1 D. de jurejur. (12. 1), l. 21 D. de dol. mal. (4. 3). — ³³⁾ l. 9 pr., l. 11 §. 9 D. de interrog. in jure (11. 1), cf. Zhering, Geist des röm. Rechts Th. II Abth. 2 S. 635. — ³⁴⁾ Cession §. 14 S. 136 ff.

der Sache oder für fremde Rechnung handelt³⁵). Es darf also weder derjenige, welcher in eigener Sache oder auf eigene Rechnung contrahirt³⁶), noch auch derjenige, welcher — wie z. B. der Einkaufs- und Verkaufscommissiönair — zwar innerlich und im Stillen in fremder Sache oder auf fremde Rechnung handelt, jedoch äußerlich mit absichtlicher Nichtberücksichtigung oder Verdeckung dieses Verhältnisses als in eigener Sache oder auf eigene Rechnung handelnd dem anderen Contrahenten gegenübertritt³⁷), besorgt sein, den Inhalt des begründeten Klagerechts ohne sein Zuthun durch fingirte Cession an einen Dritten zu verlieren³⁸).

b. An sich nicht rechtlich interessirt, den Inhalt des begründeten Klagerechts vorzubehalten, ist der offene Vertreter, wenn die Begründung des Klagerechts den ausschließlichen Vortheil des Vertretenen bezweckt und vom Vertreter weder durch Auslagen, noch durch Uebernahme von Verbindlichkeiten³⁹), deren Vergütung durch den Vorbehalt sicher gestellt werden könnte, erkauft worden ist, mit einem Worte also, wenn der Vertreter nicht zu Gegenansprüchen gegen den Vertretenen berechtigt erscheint.

Niemals ohne Interesse an dem Vorbehalte ist hiernach derjenige, welcher — wie der Pfandgläubiger beim Pfandverkaufe⁴⁰) — die offene Vertretung ausschließlich oder vorwiegend zu eigenem Besten besorgt, während derjenige, welcher umgekehrt die offene Vertretung ausschließlich oder vorwiegend zum Besten des Vertretenen unternimmt, wenigstens unter Umständen uninteressirt erscheint; und zwar, je nachdem er — wie der Tutor, Curator und Vorsteher juristischer Personen — unfreiwillig durch ein Amt, oder — wie der Seeschiffer, Gewerbeverwalter und Procurator — freiwillig durch den Willen des Vertretenen zur Vertretung berufen ist, häufiger oder seltener uninteressirt erscheint, weil der offene freiwillige Vertreter öfter, als der offene unfreiwillige Vertreter behuf der stellvertretungsweise zu begrün-

³⁵) Ueber die verschiedene Stellung des stillen und offenen Stellvertreters, oder — nach Ihering's Ausdruck — des Ersatzmanns und Stellvertreters f. Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 312 ff. — — ³⁶) l. 6 C. de inutil. stip. (8. 39), l. 7 §. 7 D. ad SCt. Macedon. (14. 6). — — ³⁷) l. 8 §. 10, l. 43 D. mand. (17. 1), l. 27 D. de pignor. act. (13. 7), l. 16 D. depos. (16. 3). — — ³⁸) l. 27 D. de pignor. act. (13. 7), l. 1 §. 11 D. depos. (16. 3). S. §. 45. l. 2 C. si cert. pet. (4. 2), Basil. XXIII, 1 c. 46 u. Schel. (Heimb. II, p. 644 sq.), l. 8 pr. D. de precario (43. 26), l. 47 §. 4 D. de adm. et perie. tut. (26. 7). Vergl. Ihering im Jahrb. für Dogm. Bd. 1 S. 338 ff. und in Abhandlungen S. 31 ff. — — ³⁹) l. 28 fin. D. de neg. gest. (3. 5) . . quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est. — — ⁴⁰) l. 42 D. de pignor. act. (13. 7) . . . cum in venditione ex pacto creditor suum negotium gerat. — l. 6 pr. D. eod. . . quia tua causa id caveatur.

denen Klagerechte wenn auch vielleicht nicht Auslagen zu machen und Verbindlichkeiten einzugehen, so doch aus den eingegangenen Verbindlichkeiten Gefahr zu befürchten hat.

Die Ursache davon ist folgende:

Diejenige Verbindlichkeit, welche der freiwillige Vertreter nach Innen und nach Außen⁴¹⁾ stellvertretungsweise begründet, entsteht in der Person des Vertreters, dauert aber auch regelmäßig⁴²⁾ in der Person des Vertreters mit ungeschwächter Kraft fort⁴³⁾, und erhält nur nach den Grundsätzen der exercitoria, institoria und quasi institoria actio⁴⁴⁾ eine prätorische Verbindlichkeit des Vertretenen als Zugabe (adjectio)⁴⁵⁾; diejenige Verbindlichkeit dagegen, welche der unfreiwillige Vertreter nicht „officium suum egressus sponte“⁴⁶⁾, sondern „ex necessitate officii“⁴⁷⁾, d. h. nicht mit Ueberschreitung seiner amtlichen Pflichten für seine eigne Person⁴⁸⁾ oder als stiller Vertreter, sondern innerhalb seiner amtlichen Pflichten nach Innen und nach Außen stellvertretungsweise begründet, entsteht zwar gleichfalls in

41) cf. l. 1 §. 9, l. 7 pr. §. 2 D. de exercit. act. (14. 1), l. 13 pr. D. de institor. act. (14. 3), Rechtsleric. Bd. 12 S. 799 ff. — 42) Ausnahmen kommen vor beim cognitor und procurator praesentis hinsichtlich der res judicata fr. Vat. §. 317. 331, l. 7 C. Th. de cognit. et proc. (2. 12), l. 61 D. de proc. (3. 3), l. 4 pr. D. de re jud. (42. 1), cf. l. 57 D. de jud. (5. 1). — 43) l. 1 §. 17. 24, l. 5 §. 1 D. de exerc. act. (14. 1), l. 7 §. 1, l. 13 §. 1. 2, l. 17 §. 1 D. de instit. act. (14. 3), l. 19 pr. D. eod., l. 14 D. de Publ. act. (6. 2), l. 45 pr. §. 2, l. 49 D. mand. (17. 1), l. 67 D. de proc. (3. 3). — fr. Vat. §. 328. 332. — l. 7 §. 1 C. quod cum eo, qui in alien. pot. (4. 26). — l. 15 §. 8 D. locati (19. 2). — 44) l. 10 §. 5 D. mand. (17. 1), l. 16, l. 19 D. de instit. act. (14. 3), l. 5 C. de instit. vel exercit. act. (4. 25), l. 31 pr. D. de neg. gest. (3. 5), l. 13 §. 25 D. de act. E. V. (19. 1). C. §. 43. — Buchta, Stellvertrei. S. 46 ff. — Der Vertretene haftet wegen versio in rem auch nach den Grundsätzen der utilis actio de in rem verso, obgleich diese Klage nicht bloß wegen einer nach Innen und nach Außen, sondern auch wegen einer vom Stellvertreter nur nach Innen, nicht nach Außen stellvertretungsweise begründeten Verbindlichkeit den Vertretenen zu erfassen vermag. — l. 7 §. 1 C. quod cum eo, qui in alien. pot. (4. 26), l. 13 C. si cert. pet. (4. 2), l. 31 pr. D. de neg. gest. (3. 5) in Verbindung mit l. 5 §. 1. 2, l. 10 §. 10 D. de in rem verso (15. 3), C. del. 88–90 zu Basil. XVIII, 7 c. 10 §. 10 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 250) einerseits, u. l. 1 §. 6 D. quod jussu (15. 4) andererseits; ferner l. 82 D. pro soc. (17. 2). — Nussliat über die Stellvertretung n. C. 18 Nr. 2. — 45) l. 5 §. 1 D. de exerc. act. (14. 1) . . non transfertur actio, sed adjectur. — cf. l. 19 D. de in rem vers. (15. 3) . . quae tamen adjectio. — l. 91 §. 5 D. de V. O. (45. 1) . . quasi accessionem intelligimus eum, qui jubeat. — l. 57 D. de jure dot. (23. 3) . . Filii obligatio, patris persecutio. — cf. l. 93 §. 2 D. de solut. (46. 3). — 46) l. 43 §. 1 D. de admin. tut. (26. 7). — 47) l. 26 C. de admin. tut. (5. 37). — 48) l. 5 §. 1 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. 4 C. si tut. vel curat. (2. 25), l. 15 C. de adm. tut. (5. 37), l. 39 §. 4 D. de adm. et peric. (26. 7), l. 3 §. 2 D. de admin. rer. (50. 8).

der Person des Vertreters, dauert aber in der Person desselben, — soweit es sich nicht um Præstation eigener Arglist⁴⁹⁾ oder, wie bei den vom Pfleger für den Pflegling empfangenen Unterpfändern⁵⁰⁾, um Præstation eigener Fahrlässigkeit handelt — nicht mit ungeschwächter Kraft fort, sondern wird durch das prätorische Recht mittelst einer *exceptio doli* für den Vertreter wirkungslos gemacht⁵¹⁾ und mittelst einer *utilis actio* dem Inhalte nach auf den Vertretenen übertragen (*translatio*)⁵²⁾; so zwar, daß der offene Vertreter während seiner Amtsführung wegen der auf ihm lastenden Defensionspflicht⁵³⁾ immerhin die Klage übernehmen muß und nur die Execution vom eignen Vermögen auf das Vermögen des Vertretenen abwälzen darf⁵⁴⁾, nach beendigter Amtsführung jedoch wegen mangelnder Defensionspflicht auch die Uebernahme der Klage abzulehnen befugt ist⁵⁵⁾.

In der Formel fand diese Haftungsverschiedenheit den entsprechenden Ausdruck, indem die Klage gegen den Vertretenen dort in der *intentio* auf die Person des Vertreters und erst in der *condemnatio* auf die Person des Vertretenen⁵⁶⁾, hier dagegen, wie bei der *utilis actio emti*, welche der Käufer aus dem vom Pfandgläubiger *jure creditoris* vollzogenen Pfandverkaufe wegen *Eviction* gegen den Verpfänder anstellt, als ob der Letztere selbst verkauft hätte⁵⁷⁾,

⁴⁹⁾ l. 15 D. de dolo (4. 3), l. 3 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. 13 §. 7 D. de act. E. V. (19. 1), l. 43 §. 1 D. de adm. tut. (26. 7). — —
⁵⁰⁾ l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7) . . ipsi (sc. procurator et tutor) actione pignoratitia convenientur. — Schol. 12 fin. zu Basil. XXV, l. c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 60). — C. C. 82, auch C. 385 ff. u. C. 402 f. —
⁵¹⁾ l. 43 §. 1 D. de adm. tut. (26. 7) . . curatorem per exceptionem relevari. — —
⁵²⁾ a. l. 26 C. de adm. tut. (5. 37): Invenimus autem generaliter definitum, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. — l. 15 C. eod., l. 5 pr., l. 7, l. 8 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. 1 C. eod. (5. 39), l. 2 D. de adm. tut. (26. 7), l. 4 §. 1 D. de re jud. (42. 1), l. 15 D. si quis caut. (2. 11), l. 18 §. 2 D. ut legat. (36. 3), l. 4 §. 1 D. de evict. (21. 2), l. 47 §. 1 D. de min. (4. 4). — b. l. 3 §. 2 D. de adm. rer. ad civ. pert. (50. 8), l. 4 §. 2 D. de re jud. (42. 1). — —
⁵³⁾ l. 30 D. de adm. tut. (26. 7), l. 28 §. 4 C. eod. (5. 37). — —
⁵⁴⁾ l. 43 §. 1 D. de adm. tut. (26. 7). — —
⁵⁵⁾ C. not. 52. — —
⁵⁶⁾ a. Gaj. IV, 69. — l. 1 pr. §. 24 D. de exerc. act. (14. 1) in Verbindung mit l. 7 §. 1, l. 13 §. 2 D. de inst. act. (14. 3), l. 4 C. de inst. et exerc. act. (4. 25). — Keller, Proc. §. 32 C. 123. — Vergebliche Zweifel gegen diese Fassung erhebt Diebel im Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 2 Nr. 1 u. 12 a. G., vergl. Keller ebendas. Bd. 3 Heft 2. — Aus einer Präposition des procurator, tutor oder curator wurde die *condemnatio* der institoria actio gegen den Vertretenen mittelst der Fictio gerichtet, als ob er selbst die Präposition vorgenommen hätte. — l. 5 §. 18 D. de inst. act. (14. 3), cf. l. 1 §. 9 D. quod jussu (15. 4). — b. l. 7 §. 1 C. quod cum eo, qui in alien. pot. (4. 26). — —
⁵⁷⁾ Theophil. II, 8 §. 1 schreibt

nicht bloß in der *condemnatio*, sondern auch mittelst einer geeigneten Rechtsdichtung in der *intentio* auf die Person des Vertretenen bezogen war, mithin den Vertretenen dort nur durch Einstelllung in des Vertreters *obligatio condemnari* und *judicatum facere oportere*, hier dagegen selbständiger, wie wenn er statt des Vertreters Träger der ursprünglichen Verbindlichkeit wäre⁵⁸⁾, verantwortlich erscheinen ließ. In Folge dessen wird unter anderem der Vertreter dort, aber nicht hier, durch die *Acceptilatio*⁵⁹⁾ *Novation*⁶⁰⁾ und die processualische Consumtion der gegen den Vertreter gerichteten Klage⁶¹⁾ befreiet, auch dort aus der *mora* des Vertreters, nicht aber aus eigener *mora*, hier umgekehrt aus eigener *mora*, aber nicht aus der *mora* des Vertreters zur Zahlung von Zinsen und Entschädigung verpflichtet⁶²⁾.

Da es indeß hiernach dem Gläubiger unter Umständen erwünscht sein konnte, den freiwillig vertretenen Schuldner nicht bloß durch die *actio exercitoria*, *institoria* oder *quasi institoria* im Namen des Vertreters, sondern auch durch eine *utilis actio* im eignen Namen (*directo*), als ob er das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft in Person abgeschlossen hätte, belangen zu dürfen, so ließen sich die Römer späterhin herbei, den Vertretenen nach Wahl des Gläubigers neben der ersten auch der zweiten Klagform zu unterwerfen⁶³⁾, jedoch den Vertreter seiner gleichen Haftpflicht nicht eher zu

vom Pfandverkauf des Pfandgläubigers: *δοκεῖ γὰρ ὁ δεβίτωρ πικράσκειν, ὁ καὶ δεσπότης ὢν, αὐτὸ τοῦτο*. — Nam *debitor ipse*, qui *dominus est*, *vendere videtur*. — Andeutungen derselben Fiction finden sich in l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 74 §. 1 D. de evict. (21. 2), l. 49 D. fam. herc. (10. 2), l. 13 C. de evict. (8. 44) in Verbindung mit l. 11 §. 16 D. de act. E. V. (19. 1), l. 50 D. de evict. (21. 2), l. 1, l. 2 C. cred. evict. pign. (8. 46). — — ⁵⁸⁾ l. 3 §. 2 D. quib. caus. in poss. (42. 4) . . si cum tutore contractum est, ex qua causa actio in pupillum datur: magis est, ut Edicto locus sit quasi cum eo contractum sit. — cf. l. 8 §. 14 D. ad SCt. Vellej. (16. 1) . . tu quasi ex stipulatu conveniaris. — — ⁵⁹⁾ l. 8 §. 4, l. 11 §. 1 D. de acceptil. (46. 4). — — ⁶⁰⁾ l. 13 §. 1 D. de inst. act. (14. 3). — — ⁶¹⁾ l. 1 §. 24 D. de exerc. act. (14. 1). — — ⁶²⁾ l. 32 §. 2. 3 D. de usur. (22. 1), l. 49 pr., l. 91 §. 5 D. de V. O. (45. 1). — — ⁶³⁾ §. 8 J. quod cum eo, qui in alien. pot. (4. 7), cf. Theophil. ad h. l. — l. 84 D. pro soc. (17. 2), cf. Basil. II, 1 c. 82 mit Schol. l. 2 (Heimb. I, p. 788 sq.). — l. 29 D. de reb. cred. (12. 1), cf. Schol. zu Basil. XXIII, 1 c. 29 (Heimb. II, p. 628), l. 4 §. 3 D. de edendo (2. 13). — Ob auch l. 66 §. 3 D. de evict. (21. 2), l. 19 §. 3 D. de judic. (5. 1) von der zweiten Klagform zu deuten seien, wage ich nicht zu entscheiden. — Der Begriff des Ausdrucks *directo* ergibt sich aus l. 84 D. pro soc. (17. 2), l. 3 §. 4 D. commod. (13. 6) in Verbindung mit §. 5 J. de noxal. act. (4. 8); und völlig entschieden aus Schol. Stephan. zu Basil. XXIII, 1 c. 29: *δύναται ὁ πατὴρ ἢ ὁ δεσπότης, ὡς*

entheben, bis der Gläubiger entweder durch den Gebrauch der den Vertretenen im eignen Namen ergreifenden Klagform die Uebertragung (translatio) der Haftpflicht vom Vertreter auf den Vertretenen bewilligt und auf diese Weise dem Vertreter gegen die directe Klage eine Einrede verschafft⁶⁴), oder durch den Gebrauch der den Vertretenen im Namen des Vertreters erfassenden Klagform auch die gegen den Vertreter zu richtende Klage processualisch consumirt hatte⁶⁵).

Der Tutor, Curator und Vorsteher juristischer Personen, als für seine Person gegen die Wirksamkeit der betreffenden Verbindlichkeit durch exceptio doli geschützt, hat demgemäß in der Regel auch bei zweiseitigen Verträgen kein rechtliches Interesse, die für den Vertretenen erworbenen Klagerechte dem Inhalte nach sich vorzubehalten. Anders steht die Sache bei dem jenes Schutzes entbehrenden Zehrschiffer, Gewerbeverwalter und Procurator, woraus selbstverständlich das abweichende Resultat folgen muß, daß meistens die erworbenen Klagerechte hier nur durch wirkliche Cession, dort dagegen durch fingirte Cession vom offenen Vertreter auf den Vertretenen übergehen, daß also in der Regel der Tutor, Curator und der Vorsteher juristischer Personen nur so lange ihr Amt ihnen Verwaltungsrechte für den Vertretenen gewährt, die nach Innen und nach Außen stellvertretungsweise begründeten Klagen

πρωτοτύπως τὸ συνάλλαγμα θέμενος, ἐνάγεσθαι ποῦο νόμινε τῷ κορδι πικίω. — patrem vel dominum suo nomine condititia conveniri posse, tanquam si principaliter contractum iniisset. — [cf. Schrader ad §. 8 J. quod cum eo, qui. — Chambrun, Beiträge zum Obligationenr. Bd. 1 S. 253 ff.] Ferner vergl. l. 49 pr. D. de V. O. (45. 1): At si pater in mora fuit, non tenetur filius, sed utilis in patrem danda est, und dazu l. 32 §. 5 D. de usur. (22. 1), l. 96 D. de V. O. (45. 1), l. 38 §. 4 D. de solut. (46. 3). — Buchta, Stellvertret. S. 26 ff., S. 242. — A. N. ist Keller Jahrb. d. gem. deutsch. R. Bd. 3 S. 177. — ⁶⁴) Den Beweis finde ich außer der Analogie des unfreiwilligen Vertreters darin, daß derjenige Erbschaftsgläubiger, welcher den eigentlich nur als procurator (in rem suam), also im Namen des Erbschaftsverkäufers zu belangenden Erbschaftskäufer nach freier Uebereinkunft mit demselben anstatt des Verkäufers utiliter im eignen Namen verklagt, dadurch dem Erbschaftskäufer die Einrede des stillschweigenden Verzichtes (exceptio taciti pacti) gegen jede spätere direct dessen Person angreifende Klage verschafft. l. 2 C. de pact. (2. 3) in Verbindung mit l. 2 C. de her. vel act. (4. 39), l. 2 C. de legat. (6. 37), l. 25 C. de pact. (2. 3). Der im Namen des Erbschaftsverkäufers als defensor oder procurator in rem suam belangte Erbschaftskäufer würde dem Erbschaftskäufer nicht die exceptio taciti pacti, sondern die exceptio rei in iudicium deductae und exceptio rei iudicatae verschafft haben. l. 23 D. de solut. (46. 3). — Eine unbefriedigende Auslegung der l. 2 C. de pact. cit. giebt Hepp im Arch. f. civ. Pr. Bd. 15 S. 262; auch Cujac. opp. IX, p. 36 sqq. — ⁶⁵) l. 1 §. 24 D. de exercit. act. (14. 1).

direct im eignen Namen geltend machen dürfen⁶⁶⁾, nach Beendigung ihres Amtes aber mit dem Verluste des Verwaltungsrechts wegen der kraft fingirter Cessio auf den Vertretenen übergegangenen utiles actiones von der Durchführung der directae actiones sofort durch exceptio doli ausgeschlossen werden^{66 a)}, während der Sehschiffer, Gewerbeverwalter und Procurator ohne Aufhören mit Ausschluß des Vertretenen zur Geltendmachung der in offener Stellvertretung begründeten Klagerrechte befugt sind⁶⁷⁾, wenn sie nicht ihr rechtliches Interesse an dem Vorbehalte des Inhalts entweder später verloren, oder — soweit dieses möglich — gleich Anfangs zu Gunsten des Vertretenen aufgegeben haben.

c. Sein rechtliches Interesse an dem Inhalte des begründeten Klagerrechts zu Gunsten des Vertretenen aufgeben oder nicht geltend machen zu wollen, erklärt der offene Vertreter von vorn herein, wenn er bei der Eingehung von Realcontracten, welche dieses unbeschadet ihrer Gültigkeit zulassen, nicht etwa bloß neben sich als adjectus, sondern gleich anstatt seiner den Vertretenen als diejenige Person bezeichnet, welche zur Entgegennahme der jenseitigen Leistung im eignen Interesse berechtigt sein soll⁶⁸⁾.

Die Regel über die dem Vertretenen aus den Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen des Vertreters vermöge fingirter Cessio zu verleihende utilis actio ist hiernach ebenso natürlich und billig in ihrem Grunde, als einfach und sicher in ihrer Anwendung. Daß sie befüngachtet bislang meist verkannt wurde, kommt daher, weil sie in den Rechtsbüchern nirgends geradezu ausgesprochen, sondern allenthalben bloß stillschweigend vorausgesetzt ist, die Aussonderung derselben aus den einzelnen Entscheidungen und Anwendungen aber mancherlei Schwierigkeiten unterliegt, wie die nunmehr zu diesem Zweck anzustellende Untersuchung vielleicht nur zu deutlich ersehen lassen wird.

Bei dem Versuche, die aufgestellte Regel im Einzelnen nachzuweisen und durchzuführen, sollen zuvörderst diejenigen Zeugnisse erörtert werden, welche wegen mangelnden, sodann diejenigen, welche wegen aufgegebenen Rechtsinteresses den in fingirter Cessio beruhenden Uebergang abgeleiteter Klagen (utiles actiones) vom offenen Vertreter auf den Vertretenen befanden.

⁶⁶⁾ l. 1 §. 4 D. de adm. tut. (26. 7) Ulp. . . Non denegari autem neque tutoribus, neque curatoribus, etiam debitores pupillorum vel adultorum ex sua persona prospectu officii in iudicium vocare. — l. 11 §. 7 D. de pignor. act. (13. 7) . . Si procurator meus vel tutorem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit. — cf. Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6 und Schol. 13 (Heimb. III, p. 59. 60). — ^{66 a)} l. 39 §. 12 D. de adm. tut. (26. 7). — ⁶⁷⁾ l. 1 §. 18 D. de exerc. act. (14. 1), l. 1 D. de inst. act. (14. 3), l. 49 §. 2 D. de possess. (41. 2). — ⁶⁸⁾ Z. §. 45.

1. Utiles actiones des Vertretenen wegen mangelnden Interesses des Vertreters.

§. 40. Um den Beweis zu führen, daß aus den vom Vertreter als solchem begründeten Klagerrechten durch fingirte Cession utiles actiones auf den Vertretenen übergehen, so oft der Vertreter an dem Verhältnisse des Inhalts der begründeten Klagerrechte kein rechtliches Interesse hat, ist es zweckmäßig, die auf amtlicher Berufung und die auf dem Willen des Vertretenen beruhende Stellvertretung gesondert zu betrachten.

Was

A. die auf amtlicher Berufung beruhende Stellvertretung

der Tutoren, Curatoren, Vorsteher juristischer Personen und selbst der Obervormundschaftsbehörden betrifft, so ist es weniger die Einschränkung, als die ungehörliche Ausdehnung des der fingirten Cession zugeschriebenen Gebiets, welche hier bestritten werden muß. Meistens räumt man den Vertretenen aus allen von Vertretern der Art in offener Stellvertretung begründeten Klagerrechten ebensoweit, als sie auf deren Cession klagen können ¹⁾, auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones suo nomine ²⁾ ein, und doch ergiebt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht schon aus folgendem Rescripte:

Impp. Diocletian. et Maximin. AA. et C. C. Onesimae ³⁾.

Per tutorem pupillo actio nisi ex certis causis quaeri non potest.

Denn daß unter der Klage, welche der Tutor dem Pupillen nur unter gewissen Voraussetzungen erwerben soll, weniger eine directe, als eine auf fingirter Cession beruhende abgeleitete (utilis) Klage gemeint sei, muß deshalb angenommen werden, weil der Sinn des Rescripts sonst gar zu trivial sein würde ⁴⁾, und der betreffende Codextitel: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt rücksichtlich des agere allenthalben nur Beispiele erlangter utiles actiones anführt, namentlich auch in dem vor unserm Rescripte unmittelbar vorhergehenden Rescripte einen Fall behandelt, in welchem dem Pflinglinge aus dem Contracte der Pfleger utilis

¹⁾ l. 4 C. quando ex facto tut. (5. 39). — — ²⁾ Basil. XXXVIII, 9 c. 11 (Heimb. III, p. 673) . . δύναται κινήσαι — τῆς ἐπιτροπῆς περαιωθεῖσης ἰδίῳ ὀνόματι κατὰ τὸν μισθωσάμενον. — agere potest — finita tutela suo nomine adversus conductorem. — — ³⁾ l. 5 C. quando ex facto tut. (5. 39). — — ⁴⁾ H. M. ist Unterholzner, Schuldverh. Th. 1 §. 95 not. d.

actio quaeri potuit⁵⁾. Daß unser Rescript aus dem Ende des dritten oder aus dem Anfange des vierten Jahrhunderts aber auch im Verhältniß zur classischen Zeit keine Beschränkung von bloß geschichtlicher Bedeutung ausgesprochen haben kann, ist ebenso unzweifelhaft.

Bei der Gewißheit der Gründe für die dem Pupillen durch den Tutor zu erwerbenden *directae actiones*⁶⁾ fragt sich also nur, welche sind die *certae causae*, aus denen dem Pupillen vom Tutor *utiles actiones* erworben werden?

Die Antwort lautet: Alle diejenigen Fälle, in denen der Vormund kein rechtliches Interesse hat, den Inhalt des begründeten Klagerrechts sich vorbehalten zu sehen; denn kein anderes Merkmal bildet die Markscheide zwischen den Beispielen, in welchen die Rechtsbücher den Vertretenen *utiles actiones* gewähren oder *utiles actiones* versagen.

Gewährt finden wir dem Pflinglinge und entweder ausdrücklich oder stillschweigend auch der Stadtgemeinde

a. aus einseitigen Verträgen

eine *utilis actio de constituta pecunia*, wenn der Pflinger oder der zur Vertretung der Stadtgemeinde amtlich berufene actor über eine Forderung des Pflinglings oder der Stadtgemeinde ein Schuldaßkommen getroffen hat, und zwar *utilitatis gratia* auch dann, wenn das Schuldaßkommen nicht einmal auf den Namen des Pflingers oder des actor, sondern auf den Namen des Pflinglings oder der Stadtgemeinde gestellt ist⁷⁾ und daher eigentlich ganz ungültig sein müßte⁸⁾; ferner eine *utilis condictio certi* aus der Stipulation oder dem Literalcontract, wenn der Pflinger im Namen des Pflinglings Geld ausgeliehen und — wie dieses ohne Ungültigkeit des Contracts gar nicht anders geschehen kann⁹⁾ — sich selbst die Rückzahlung des Darlehens durch *verborum*¹⁰⁾ oder *litterarum*¹¹⁾ obligatio bedungen hat; ferner eine

⁵⁾ C. C. 399 not. 19. — — ⁶⁾ C. C. 375 f. — — ⁷⁾ l. 5 §. 7. 9 D. de const. pec. (13. 5), l. 6 §. 3 D. quod cuiusq. univ. nom. (3. 4), cf. l. 15, l. 28 §. 1 D. de pact. (2. 14). — — ⁸⁾ l. 5 §. 5. 6 D. de const. pec. (13. 5). — — ⁹⁾ l. 9 §. 4 D. de reb. cred. (12. 1), l. 126 §. 2 D. de V. O. (45. 1), l. 3 C. de contrah. stip. (8. 38), l. 6 C. de inutil. stip. (8. 39). C. C. 375 not. 4. — — ¹⁰⁾ l. 9 pr. D. de adm. tut. (26. 7), l. 2 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. 26 D. de reb. cred. (12. 1), l. 2 C. quando ex facto tut. (5. 39). — — ¹¹⁾ l. 52 pr. D. de pecul. (15. 1) . . ex re pupilli nomina fecit. cf. pr. J. de lit. oblig. (3. 22), l. 9 pr. D. de pact. (2. 14), l. 1 D. de ann. leg. (33. 1), l. 4 §. 1 D. de pecul. (15. 1), Cic. de offic. III, 14. — Vergl. l. 68 D. de proc. (3. 3). C. C. 42. — Zum Theil unrichtige Erklärungen finden sich, wie bei den Neueren, so auch schon bei den Griechen in Schol. 1—3 zu Basil. XXIII, 1 c. 26 (Heimb. II, p. 621 sq.), Basil. XXXVII, 9 c. 2 (aus der Synops. Heimb. III, p. 672), Schol. 222 zu Basil. XVIII, 5 c. 52 pr. (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 233); denn nicht aus dem Dar-

utilis actio ex stipulatu, wenn der Pfleger für das im Namen des Pflégling's ausgeliehene Geld Zinsen stipulirt hat und der Pflégling die Gefahr sämmtlicher verzinslich für ihn belegter Capitalien zu übernehmen bereit ist¹²⁾; ferner abermals eine utilis actio ex stipulatu, wenn der Pfleger oder der actor für den Pflégling oder die Stadt prätorische Stipulationen abgeschlossen¹³⁾, insbesondere bei der im Namen des Pflégling's oder der Stadt geschehenen Bezahlung von Legaten Caution wegen der quarta Falcidia¹⁴⁾, bei einer im Namen des Pflégling's oder der Stadt angestellten Klage cautio judicatum solvi, wegen eines dem Gebäude des Pflégling's oder der Stadt vom Nachbargebäude drohenden Schadens cautio damni infecti, wegen eines dem Pfléglinge oder der Stadt auszufahrenden Vermächtnisses cautio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa¹⁵⁾ empfangen hat; ferner wenn der als Obervormundschaftsbehörde zur Vertretung des Pflégling's gleichfalls amtlich berufene Magistrat zur Sicherung der dem Pupillen oder Curanden gesetzlich zustehenden tutelae oder negotiorum gestorum actio¹⁶⁾ für den Pflégling von dem Pfleger und dessen Bürgen die cautio rem salvam fore pupillo vel adolescenti sich hat bestellen lassen¹⁷⁾; endlich vermöge einer außerordentlichen Ausdehnung der gemeinrechtlichen Grundsätze eine utilis actio ex stipulatu, wenn der Magistrat unmittelbar zu eigner und nur mittelbar zu des Pflégling's Sicherheit von den gegebenen oder nominirten Tutoren oder Curatoren satisfactio erlangt hat¹⁸⁾.

lehn, sondern aus der verbor. oder liter. obligatio wird dem Pflégling eine utilis actio gegeben. Die Klage aus dem in seinem Namen gegebenen Darlehn würde ihm direct zustehen. — *S. S.* 375 f. — — ¹²⁾ l. 9 pr. D. de adm. tut. (26. 7) in Verbindung mit l. 7 §. 6, l. 46 §. 2 D. eod., l. 11 pr. §. 1 D. de usur. (22. 1). — *S. S.* 379 f. — — ¹³⁾ l. 10 D. quod euj. univ. nom. (3. 4). Paul. . . Constitui potest actor etiam — ad stipulationes interponendas — sed et si actori cautum fuerit, utilis actio administratori rerum civitatis dabitur. — — ¹⁴⁾ l. 1 §. 2 D. si cui plus, quam (35. 3), l. 10 D. quod euj. un. nom. (3. 4), cf. l. 89 pr., l. 84 D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 2 C. de adm. rer. publ. (11. 30). — — ¹⁵⁾ l. 10 D. quod euj. univ. nom. (3. 4). — — ¹⁶⁾ l. 9 fin. D. rem pup. vel adol. salv. (46. 6), l. 4 §. 3—7 D. eod., l. 9 pr. D. de nov. et deleg. (46. 2). — cf. Spangenberg, tab. neg. p. 137 sq. — — ¹⁷⁾ l. 1 §. 15. 16 D. de mag. conv. (27. 8), l. 2, l. 3, l. 4 pr. D. rem pup. vel adol. salv. (46. 6), cf. Buchta, Stellvertret. *S.* 54. — Ein Beispiel einer nicht Stellvertretungsweise für den Pflégling, sondern vom Stipulator für sich im eignen Interesse entgegengenommenen promissio rem pupilli salvam fore bietet l. 38 §. 20 D. de V. O. (45. 1), l. 55 §. 2 D. de adm. tut. (26. 7). — — ¹⁸⁾ l. 1 C. de magistr. conv. (5. 75) . . mandatis tibi ab eis actionibus adversus fidejussores, quos acceperunt, consistere potes, licet utilem actionem sine cessione habeas. — cf. Veronf. Scholie in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 15 *S.* 120 not. 195. — l. 1 pr. D. de magistr. conv. (27. 8). — §. 2 J. de satisfact. tut. (1. 24), Theophil. ad h. l.

Gewährt wird dem Pflinglinge

b. aus zweiseitigen Contracten

des Pflingers eine utilis actio, sofern der Pflinger vor den Nachtheilen der aus demselben Contracte gegen ihn zu begründenden Klage durch exceptio doli geschützt ist.

Impm. Diocletian. et Maximian. AA. et C. C. Maximianae ¹⁹⁾.

Si hi, qui te in pupillari aetate constituta tutores fuerint, postea in administratione perseverantes vel curatores constituti, tua praedia locaverint: eos competenter conveni: sed et ex eorum contractu utilis tibi quaeri potuit contra successores conductoris actio. — S. 3. Non. Mart. A. A. Coss.

Wenn diejenigen, welche früher Tutoren der Maximiana gewesen sind, nachdem Maximiana die Jahre der Mündigkeit erreicht hat, in Fortsetzung der früheren Verwaltung oder als neu bestellte Minderjährigkeitscuratoren Grundstücke der Maximiana verpachtet haben, so soll Maximiana gegen ihre Vertreter auf Abtretung der begründeten actio locati zu klagen berechtigt sein; es soll aber auch der Maximiana aus dem Contracte der Vertreter eine utilis actio gegen den Pächter oder dessen Erben erworben sein können ²⁰⁾, d. h. erworben oder nicht erworben sein, je nachdem die Vertreter als einfache Geschäftsführer (in administratione perseverantes) ²¹⁾, oder als neu bestellte Minderjährigkeitscuratoren den Pachtcontract abgeschlossen haben, weil sie der actio conducti des Pächters in jenem Falle ohne Einrede unterworfen ²²⁾, in diesem Falle mittelst exceptio doli wenigstens dem letzten Erfolge nach entzogen sind ²³⁾. Denn daß der Maximiana aus dem Pachtcontracte einfacher Geschäftsführer ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis locati actio nicht hat zugesprochen werden können, zeigen die über diese Verhältnisse weiter unten gegebenen Erörterungen ²⁴⁾, und daß der Maximiana eine utilis locati actio nicht hat zugesprochen werden sollen, bestätigen die Basiliken, welche übersehen ²⁵⁾:

Καὶ ὅτι τῶν ἐπιτρόπων μισθωδόντων πράγματα τοῦ ἀνθρώπου δύναται καὶ κατὰ τῶν ἐπιτρόπων κινῆσαι, ἵνα ἐκ-

¹⁹⁾ l. 4 C. quando ex facto tut. (5. 39). — — ²⁰⁾ Gleiche Bedeutung des posse in Paul. sent. rec. II, 12 §. 8. — S. §. 45. — — ²¹⁾ cf. l. 13 D. de tut. et rat. (27. 3). — — ²²⁾ S. S. 391 not. 43, namentlich l. 15 §. 8 D. locati (19. 2). — — ²³⁾ S. S. 392 not. 51–55. — — ²⁴⁾ S. §. 43. — — ²⁵⁾ Basil. XXXVII, 9 c. 11 (Heimb. III, p. 673): Si tutores res pupilli locaverint, pupillus et contra tutores agere potest, ut sibi actiones cedant, et finita tutela suo nomine adversus conductorem ejusque heredes.

χωρήσωσιν αὐτῷ τὰς ἀγωγάς, καὶ τῆς ἐπιτροπῆς περαιω-
θείσης ἰδίῳ ὀνόματι κατὰ τοῦ μισθωσαμένου καὶ τῶν
κληρονόμων αὐτοῦ.

Indem gesliffentlich nur des Falls erwähnt ist, daß Tutoren vor Beendigung der Tutel den Pachtvertrag abgeschlossen haben und indem unter dieser Voraussetzung der Maximiana nach beendigter Tutel die Wahl freigestellt ist, ob sie auf wirkliche Cession der locati actio mit der actio tutelae gegen ihre früheren Tutoren, oder gleich auf Grund fingirter Cession mit der utilis locati actio im eignen Namen gegen den Pächter und dessen Erben klagen will, wird genugsam angezeigt, daß man für den Fall, wenn die Vertreter der Maximiana als einfache Geschäftsführer, etwa in Fortsetzung der früher vormundschafts- weise geführten Verwaltung, den Pachtcontract geschlossen hätten, Be- denken tragen würde, der Maximiana ohne Cession eine utilis actio aus dem Contracte zu geben.

Daß die Basiliken den Tutoren erst nach beendigter Tutel die directa actio locati versagen, erklärt sich daher, weil vorher der zur Vertretung des Pupillen berechnigte und selbst verpflichtete Tutor aus den von ihm selbst begründeten Geschäften statt mit der auf den Pu- pillen übergegangenen utilis actio im Namen des Pupillen zu klagen, auch gleich mit der in seiner Person entstandenen directa actio im eigenen Namen für den Pupillen zu klagen befugt ist, da die dem Schuldner zustehende doli exceptio so lange an dem vormundschafts- lichen Verwaltungs- und Proceßführungsrechte des Tutor scheitert ²⁶⁾.

Gewährt wird dem Pflingling und der Stadt endlich

c. aus vertragsähnlichen Obligationen

des Pflingers oder des actor ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis actio rei judicatae, sofern der Pflinger oder der actor ein Klagerrecht des Pflinglings oder der Stadt durch litiscontestatio in judicium deducirt und ein siegreiches Urtheil davon getragen hat ²⁷⁾;

²⁶⁾ l. 1 §. 4 D. de adm. tut. (26. 7). Ulp. . . . Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus, etiam debitores pupillorum vel adul- torum ex sua persona prospectu officii in judicium vocare. — l. 11 §. 7 D. de pignor. act. (13. 7). Paul. . . Si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit. — Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59. 60), cf. l. 39 §. 12 D. de adm. tut. (26. 7). — Ueber das Recht des Tutors zur Verpfändung s. l. 16 D. de pignor. act. (13. 7), l. 3, l. 7 C. si aliena res pign. (8. 16), l. 11 D. de curat. fur. (27. 10), l. 28 §. 3 C. de adm. tut. (5. 37). — ²⁷⁾ a. l. 2 pr. D. de adm. tut. (26. 7), l. 6 D. quando ex facto tut. (26. 9), cf. Gaj. IV, 99. — l. 39 §. 12 D. de adm. tut. (26. 7). — b. l. 4 §. 3 D. quod euj. univ. nom. (3. 4). Ueber das Recht des Pflinglings, in dem vom Pflinger an- gefangenen Proceße Rechtsmittel zu verfolgen, s. l. 24 §. 1, l. 28 §. 2 D. de appell. (49. 1). l. 2 D. an per alium (49. 9), l. 1 §. 1 D. si pend. appell. mora (49. 13), l. 10 C. de appell. (7. 62).

ferner die utilis actio aus einem in des Pflégling's Sache vom Pfléger geleisteten Schiedsbeide²⁸⁾ und aus einem in des Pflégling's Sache vom Pfléger in jure entgegengenommenen Geständnisse des Gegners²⁹⁾.

Uebersieht man alle diese Beispiele einer dem Vertretenen aus Verträgen oder vertragsähnlichen Obligationen des amtslichen Vertreters verliehenen utilis actio, so findet sich, daß alle Vermögensopfer, welche etwa zur Begründung der in der Person des Vertretenen entstandenen directa actio erforderlich waren, aus den Mitteln des Vertretenen (ex re pupilli vel adulti) geschlossen sind, daß selbst die directe Verbindlichkeit, welche der Vertreter beim Abschluß des zweiseitigen Pachtcontract's dem Pächter gegenüber zu übernehmen hatte, durch doli exceptio unschädlich gemacht worden ist, daß der Vertreter mit einem Worte nirgends im Geringsten rechtlich interessirt erscheint, den Inhalt der stellvertretungsweise begründeten Klagerrechte sich vorzubehalten³⁰⁾.

Versagt hingegen werden dem Pflégling utiles actiones dergestalt, daß dem Pfléger nicht bloß während seines Amtes auf Grund seines Verwaltungs- und Proceßführungsrechts³¹⁾, sondern auch nach Beendigung des Amtes ohne jenes Recht gestattet ist, die in offener Stellvertretung begründeten Klagerrechte direct im eignen Namen durchzuführen, wenn der Pfléger in der Stellung des Gläubigers für den

²⁸⁾ arg. l. 9 §. 6 D. de jurejur. (12. 2) in Verbindung mit l. 39 §. 1 D. de proc. (3. 3). — §. 44. — ²⁹⁾ l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2) in Verbindung mit lex Rubr. c. 22. — §. 44. — ³⁰⁾ Nach vorjustinianischem Rechte scheint dem Pflégling durch fingirte Cession auch eine utilis in rem actio gegeben zu sein, wenn der Pfléger in offener Stellvertretung mit dem Gelde des Pflégling's res mancipi gekauft und dieselben durch mancipatio oder in jure cessio, also durch Erwerbsarten, welche im Gegensatz der traditio directe Vertretung ausschließen [l. 123 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 53 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 8 C. de acquir. et retin. poss. (7. 32), l. 20 fin. D. de acquir. rer. dom. (41. 1). — Cic. ad Attic. XIII, 50. — fr. Vat. §. 50.], auf seinen Namen eigenthümlich erworben hatte (in suum nomen emerit). — l. 2 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. 3 C. arbitr. tut. (5. 51), cf. l. 13 §. 1 D. de acquir. rer. dom. (41. 1). — Schel. 1 zu Basil. XXIII, 1 c. 26 (Heimb. II, p. 621). — Basil. XXVII, 9 c. 2 (Heimb. III, p. 672), Basil. XXXVIII, 3 c. 28 (Heimb. III, p. 723 sq.). — Nach Justinianischem Rechte sind die betreffenden Stellen wegen den Wegfalls der mancipatio und in jure cessio auf den Eigenthumserwerb durch traditio zu beziehen, wobei die utilis in rem actio nicht mehr auf fingirte Cession, sondern auf fingirtes Eigenthum zurückgeführt und im Gegensatz des in l. 6, l. 8 C. si quis alteri (4. 50), l. 6 C. de reiv. (3. 32), l. 4 C. comm. utr. jud. (3. 38), l. 21 C. de probat. (4. 19) angewandten jus commune als jus singulare aufzufassen ist. — §. 42. — Vergl. Ihering im Jahrb. f. Dogm. W. 1 S. 150 ff. — Pagenstecher, Lehre v. Eigenth. Abth. 3 §. 24 f. — ³¹⁾ §. 42. 400 not. 26.

Pflegling ein Pfandpactum und einen Pfandrealecontract abgeschlossen hat. Aus diesen Verträgen soll der Pfleger ohne Beschränkung und unbehindert durch eine *exceptio doli* nach Vorjustinianeischem Rechte sowohl die *directe hypothecaria actio*, als auch die *directe pignoratitia actio contraria* ³²⁾, und nach Justinianeischem Rechte wenigstens die letztere Klage anzustellen haben ³³⁾. Warum? Ohne Zweifel, weil der Pfleger aus dem Pfandrealecontracte verpflichtet ist, anstatt des auch in dieser Hinsicht vertretungsbedürftigen Pfleglings in eigner Person den Pfandsachen die erforderliche *custodia* und *diligentia* zu widmen, und ebendaher auch in eigner Person dem Verpfänder Arglist und Fahrlässigkeit zu prästiren ³⁴⁾. Ist nämlich der Pfleger aus diesem Grunde der *actio pignoratitia directa* des Verpfänders ohne den Schutz der *exceptio doli* unterworfen, so kann er auch sehr leicht rechtlich interessirt sein, die *actio pignoratitia contraria* und selbst die *actio hypothecaria* nicht ohne wirkliche Cession an den Vertretenen zu verlieren. Man denke sich nur, daß der Pfleger durch das Pfand irgend einen Schaden erlitten ³⁵⁾, oder, um nicht wegen Fahrlässigkeit verantwortlich zu werden ³⁶⁾, aus eiguem Vermögen Auslagen auf die Sache oder deren Früchte verwendet hat ³⁷⁾, und man hat gleich die Voraussetzungen, unter denen dem Pfleger zur Erlangung von Ersatz die *directe pignoratitia actio contraria* ³⁸⁾, und — als den Forderungen der *pignoratitia actio contraria* dingliche Sicherung gewährend ³⁹⁾ — selbst die *directe hypothecaria actio* unentbehrlich sein kann. Sehr natürlich also, daß das Vorjustinianeische Recht beide Klagen, und das Justinianeische Recht wenigstens die in dieser Beziehung wichtigere *pignoratitia actio contraria* dem Pfleger auch dem Inhalte nach bis zu freiwilliger Abtretung derselben vorbehalten hat.

Versagt werden dem Pfleger und der Stadt ferner *utiles actiones ex stipulatu*, wenn der Pfleger oder der städtische Beamte auf die im Namen des Pfleglings oder der Stadt ausgeliehenen Capitalen im eignen Namen — wie nicht anders möglich — Zinsen stipu-

³²⁾ l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7), deren nähere Erklärung f. C. 385 ff. und §. 43. — — ³³⁾ l. 2 C. per quas pers. (4. 27), deren nähere Erklärung f. §. 43. — — ³⁴⁾ l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7) . . et ideo ipsi pignoratitia actione conveniuntur. C. C. 392 not. 50. — — ³⁵⁾ l. 31 D. de pignor. act. (13. 7), l. 61 §. 1. 3 D. de furt. (47. 2). — — ³⁶⁾ l. 13 §. 30 D. de damno inf. (39. 2). — — ³⁷⁾ l. 3, l. 7 C. de pignor. act. (4. 24), l. 2 C. de partu pign. (8. 25). — — ³⁸⁾ l. 8 pr., l. 25 D. de pignor. act. (13. 7), l. 6 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 52 §. 2 D. de pact. (2. 14), l. 29 fin. D. fam. herc. (10. 2). C. C. 267 ff. — cf. Cujac. comm. in Cod. l. 8 de pign. (opp. IX, p. 1190). — — ³⁹⁾ l. 8 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7), l. 6 C. de pign. et hyp. (8. 14).

lirt hat und der Pflögling oder die Stadt sich weigern, die Gefahr aller ausgeliehenen Capitale zu übernehmen ⁴⁰⁾; denn in diesem Falle hat der Vertreter nicht rein aus des Vertretenen Mitteln das Klage- recht begründet, sondern wegen der ihm obliegenden Gefahr ein aus- reichendes Rechtsinteresse, auch die der Gefahr entsprechende Nutzung zu ziehen. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, weder ihn zur Abtre- tung der actio ex stipulatu zu zwingen ⁴¹⁾, noch gar ohne Cession, wie wenn es birt wäre, dem Vertretenen utiles actiones zu gewähren. Zu seiner directen actio ex stipulatu erhält vielmehr der Vertreter durch fingirte Cession der Vertretenen die utilis condictio ex mutuo hinzu, wenn er den Vertretenen wegen der ausgeliehenen Capitale Ersatz leistet ⁴²⁾.

Sonstige Beispiele, in denen dem Pflöglinge aus den vom Pflö- ger in offener Stellvertretung abgeschlossenen Verträgen utiles actio- nes verjagt wären, sind zwar meines Wissens in den Rechtsbüchern nicht enthalten, allein das Angeführte genügt auch, um die von uns aufgestellte Regel über die Statthastigkeit oder Unstatthastigkeit fingir- ter Cession zu Gunsten des Vertretenen bei den von amtlichen Ver- tretern als solchen eingegangenen Verträgen nach allen Richtungen zu bestätigen; denn es zeigt, daß dem Pflöger die erworbenen directae actiones unverkürzt belassen werden, so oft er bei deren Belassung ein rechtliches Interesse hat.

B. Die auf dem Willen des Vertretenen beruhende Stellvertretung.

In Betreff der auf dem Willen des Vertretenen beruhenden Stell- vertretung wollen wir die Durchführung der aufgestellten Regel zuerst beim Seeschiffer und Gewerbeverwalter, sodann beim Procurator nach- weisen, und beim Procurator wieder nach einander erst die einseitigen, darauf die zweiseitigen Verträge und endlich die vertragsähnlichen Ob- ligationen erörtern.

I. Vom Seeschiffer und Gewerbeverwalter
gilt als Regel, daß die in offener Stellvertretung erworbenen Klagen nicht ohne wirkliche Cession auf den Kheber und Gewerbeherrn über- gehen, weil Seeschiffer und Gewerbeverwalter neben den Vertretenen für die stellvertretungsweise begründeten Verbindlichkeiten haften ¹⁾ und

⁴⁰⁾ C. C. 398 not. 12. — ⁴¹⁾ l. 7 §. 6 D. de adm. tut. (26. 7). —

— ⁴²⁾ C. C. 378 ff.

¹⁾ C. C. 391 not. 43.

in der Regel zum Zweck ihrer Sicherung wegen gemachter Auslagen oder übernommener Verbindlichkeiten an dem Vorbehalte des Inhalts der begründeten Forderungen nicht ohne rechtliches Interesse sind. Nur wenn besondere Gründe der öffentlichen Wohlfahrt oder der gegen die Vertretenen zu übenden Billigkeit von dem Erfordernisse eines wirklichen Klagauftrags abzusehen heißen und die Vertreter gleichwohl ungeschädigt bleiben, werden den Vertretenen auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, *utiles actiones* eingeräumt.

Es heißt in dieser Beziehung:

1. Ulpianus lib. 28 ad Edictum ²⁾.

Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur: quia non eodem auxilio indigebat. Sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet: aut si gratuitam, mandati agere potest. Solent plane Praefecti propter ministerium annona, item in provinciis Praesides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.

2. Ulpian im 28. Buche zum Edict ³⁾

gibt zu Anfang aus den Verbindlichkeiten des Gewerbeverwalters die actio institoria gegen den Gewerbeherrn und fährt dann fort:

Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus acquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum, actione deficiet: ipsum tamen institorem vel dominum ejus convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos qui contraxerint,

Gajus lib. 9 ad Edictum provinciale ⁴⁾.

Eo nomine, quo institor contraxit: si modo aliter rem suam servare non potest.

Paulus im 48. Buche zum Edict ⁵⁾

räumt aus allen prätorischen Stipulationen des Procurators dem Principal causa cognita eine Klage ein und fügt dann hinzu:

Idem est et cum institor in ea causa esse coepit ut interposita persona ejus dominus mercis rei amissurus sit, veluti bonis ejus venditis: succurrere enim domino praetor debet.

²⁾ l. 1 §. 18 D. de exercit. act. (14. 1). C. C. 10 not. 38. — — ³⁾ l. 1 D. de instit. act. (14. 3). — — ⁴⁾ l. 2 D. de instit. act. (14. 3). — — ⁵⁾ l. 5 D. de praetor. stipul. (46. 5). C. §. 42.

Nach der ersten Stelle Ulpian's soll den Rhedern aus den Contracten ihrer Seeschiffer gegen deren Schuldner in der Regel eine auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* versagt bleiben, obgleich die Rheder gegen die Seeschiffer ein Klagerecht auf Abtretung der erworbenen Klagen haben ⁶⁾. Nur nebenher wird bemerkt, daß ausnahmsweise im Interesse des öffentlichen Getreidebedarfs (*propter ministerium annonae*) den mit der Sorge dafür betrauten Rhedern aus den Contracten ihrer Seeschiffer auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, in der Stadt Rom von den Präfecten und in den Provinzen von den Statthaltern *extra ordinem* geholfen zu werden pflege ⁷⁾. Bei der Wichtigkeit, welche die öffentlichen Getreidelieferungen im römischen Staatswesen hatten, darf diese Ausnahme um so weniger befremden, je zuverlässiger für die Sicherheit des Seeschiffers durch die hinter dem Rheder stehende immer solvente Staats- oder Gemeindefasse wird gesorgt gewesen sein ⁸⁾. Eben ihres besonderen Grundes halber darf aber aus dieser Bestimmung eine Regel für den gewöhnlichen unter Privaten bestehenden Rechtsverkehr nimmermehr abgeleitet werden.

Nach der zweiten Stelle Ulpian's wird auch dem Gewerbeherrn aus den Contracten seines Gewerbeverwalters — sofern der Verwalter nicht als Sklav dem Herrn alle Klagerechte *ipso jure* erworben hat — regelmäßig nicht ohne wirkliche Cession zu klagen gestattet, sondern der Herr auf sein Klagerecht zur Erzwingung der Cession gegen den Verwalter verwiesen. Eine Ausnahme billigt Ulpian nach dem Vorgange des Marcellus und in Uebereinstimmung mit den im dritten und vierten Bruchstücke ausgesprochenen Ansichten von Gajus und Paulus nur für den Fall, wenn einerseits der Infititor am Vorbehalte des Inhalts der stellvertretungsweise begründeten Klagerechte kein rechtliches Interesse mehr hat, und andererseits der Principal ohne fingirte Cession einen unbilligen Schaden erleiden würde, insbesondere, wie Paulus specieller anführt, wenn der Infititor in Concurs gerathen ist. Unter diesen Umständen hat ja nicht bloß der Infititor aus den für den Principal contrahirten Verbindlichkeiten keinen Nachtheil mehr zu besorgen, nam *qui non habet quod perdat, ejus periculo nihil est* ⁹⁾; sondern auch der Principal von einer Cession

⁶⁾ cf. l. 5 pr. D. de exercit. act. (14. 1). — — ⁷⁾ C. S. 10 not. 38. — — ⁸⁾ l. 1 §. 2 D. de muner. et honor. (50. 4), l. 21 pr. D. ad munic. (50. 1), l. 30 D. de neg. gest. (3. 5) in Verbindung mit l. 6 §. 1, l. 1 §. 18 ut legator. (36. 3), l. 3 §. 5 D. si cui plus, quam (35. 3), l. 2 §. 1 D. de fundo dotali (23. 5). — Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 45 (Heimb. I, p. 631). — — ⁹⁾ l. 12 pr. D. de furt. (47. 2), cf. l. 6 D. de dolo malo (4. 3), Martial. epigr. 3 lib. II: Sexte, nil debes, nil debes, Sexte, fatemur; Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

des Institor keinen Nutzen mehr zu hoffen; denn nach der bonorum venditio ist das ganze Vermögen des Institor mit Einschluß der zu cedirenden Klagen bereits auf den bonorum emtor übergegangen¹⁰⁾ und der Principal als Concursgläubiger auf die Erwartung der vom bonorum emtor zu zahlenden Procente beschränkt¹¹⁾; und selbst schon vor der bonorum venditio würde der Institor nach stattgehabter missio in bona nicht ohne den Cessionar der Paulianischen Klage und dem interdictum fraudatorium auszusetzen¹²⁾, zur Ertheilung von Cessionen im Stande gewesen sein. Die auf Unkosten des Principals begründeten Forderungen des Institor würden also bloß die Activmasse vermehrt haben und schließlich in der Hauptsache den übrigen Concursgläubigern als Bereicherung zugefallen sein, wenn der Principal lediglich an die Person des Institor sich zu halten und lediglich aus dessen gegenwärtiger Persönlichkeit Rechte abzuleiten gehabt hätte (interposita persona ejus)¹³⁾.

Um dieses unbillige Resultat in diesen und ähnlichen Fällen zu vermeiden, gestattete der Prätor, so oft der wirklichen Cession des Institor rechtliche oder thatsächliche Hindernisse im Wege standen¹⁴⁾ — wie es scheint indeß erst nach besonderer Sachuntersuchung¹⁵⁾ —, daß der Principal auf Grund einer fingirten Cession aus den Contracten des Institor utiles actiones suo nomine gegen dessen Schuldner ableitete; eine Ableitung, bei welcher dann die fingirte Cession nothwendig vor die bonorum venditio verlegt und ohne Zweifel mit dem Erwerbe der directa actio als dem Eintritt der zur Förderung wirklicher Cession berechtigenden Sachlage¹⁶⁾ verknüpft sein wird, weil nur auf diese Weise der Inhalt der betreffenden Klagerichte als nicht auf den bonorum emtor übergegangen, sondern als dem Principal zur Separatbefriedigung überwiesen angesehen werden kann.

¹⁰⁾ l. 25 §. 7 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 40 D. de oper. lib. (38. 1), Theophil. III, 12. — cf. Gaj. III, 78. IV, 35. — ¹¹⁾ Theophil. III, 12. — Ascon. ad Mil. p. 54. — Seneca de benef. IV, 39. — l. 7 D. de fideic. libert. (40. 5), l. 25 §. 7 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — cf. Kelller, Proc. §. 39 not. 455. — §. 85 not. 1059. 1068. — ¹²⁾ l. 6 §. 7, l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — ¹³⁾ Ueber den Begriff der interposita persona vergl. l. 4 D. de donat. (39. 5), l. 5 pr. §. 2, l. 11 §. 2 sqq. D. de donat. int. V. et U. (24. 1), l. 12 D. si quid in fraud. patr. (38. 5), l. 14 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 32 §. 2 D. ad Scit. Vellej. (16. 1), l. 32 §. 4 D. de adm. et per. (26. 7). — v. Scheucl in Jahrb. f. Dogm. Bd. 2 S. 19 ff. — ¹⁴⁾ Schol. 1 zu Basil. XVIII, 1 c. 1. 2 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 166): *ἔχει δὲ καὶ τὴν οὐτιλίαν ἀγωνήν μὴ δυνάμενος ἐκχωρεῖν* — habet vero et utilem actionem, si cedi ei non possit. — cf. Eüneburg. Stadtr. Th. II Tit. 24 (Pufendorf, observ. IV, p. 699). — ¹⁵⁾ l. 5 D. de praetor. stipul. (46. 6) . . Idem est cett. — ¹⁶⁾ S. S. 189 ff.

Demnach bewährt sich auch bei dem Institor der Grundsatz, daß die Gewerbs- und Handlungsforderungen demjenigen Vermögen zuge-
theilt werden, aus welchem die Opfer für den Erwerb gebracht wor-
den sind; nämlich dem Vermögen des Institor, so lange dieses bei
vorhandener Zulänglichkeit gewöhnlich in Anspruch genommene Ver-
mögen¹⁷⁾ den Aufwand zu bestreiten hat, und dem Vermögen des
Principals, sobald diesem mit der Zahlungsunfähigkeit des Institor
alle entsprechenden Lasten zu Theil fallen.

Derselbe Grundsatz muß im heutigen Rechte, soweit dasselbe den
Institor von der Haftpflicht für die stellvertretungsweise begründeten
Verbindlichkeiten durch exceptio doli befreit, folgerect dahin füh-
ren, dem Principal in demselben Verhältnisse die vom Institor stell-
vertretungsweise begründeten Forderungen mittelst fingirter Cession als
utiles actiones zu Gebote zu stellen; ein Ergebniß, welches denn
auch durchgehends von Theorie und Praxis anerkannt zu werden scheint¹⁸⁾.

II. Der Procurator

verliert die in offener Stellvertretung begründeten Klagerechte aus ein- §. 42.
seitigen oder zweiseitigen Verträgen, sowie aus vertragsähnlichen Obli-
gationen durch fingirte Cession an den Vertretenen ebenfalls in der
Regel nicht anders, als wenn er an dem Vorbehalte des Inhalts der-
selben überhaupt kein rechtliches Interesse hat.

Dieses beweiset

a. bei einseitigen Verträgen

folgende Betrachtung:

Nach Ulpian ist die schon von Julian ausgesprochene Ansicht, daß
dem Procurator constituit werden könne, von Pomponius dahin er-
läutert werden, daß das constitutum, um gültig zu sein, auf den
Namen des Procurator, nicht auf den Namen des Vertretenen gestellt
sein müsse¹⁾. Das auf den Namen des Procurator gestellte consti-
tutum einer Forderung des Vertretenen soll dann aber auch nach
einer fernerer Aeußerung Ulpians die direct für den Procurator be-

¹⁷⁾ l. 19 pr. D. de instit. act. (14. 3), cf. Rühlrat im Arch. f. civ. Pr.
Bd. 30 S. 343. — — ¹⁸⁾ cf. Mühlenbruch, Cess. S. 147 not. 296. 297. —
Glück, Bb. 14 S. 198. 266. — Sintonis, Civilt. Bd. 2 §. 102 S. 359 not.
15. 18. — Thiel, Handelsr. Th. 1 §. 24 not. 12. 13. 15. — Entwurf des
deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 52. — Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 13.

¹⁾ l. 5 §. 6 D. de const. pecun. (13. 5).

gründete *actio de constituta pecunia* ²⁾ sofort durch fingirte Cession dem Inhalte nach oder als *utilis actio* auf den Vertretenen übertragen ³⁾, so daß der Procurator von der Geständmachung seiner inhaltisleeren *directa actio* durch *doli exceptio* ausgeschlossen ist, wenn er den Schuldner nicht wegen der Genehmigung des Vertretenen nöthigenfalls durch *satisfactio* sicher zu stellen vermag ⁴⁾. Keinen anderen Sinn hat es nämlich, wenn Ulpian im 9. Buche zum Edict unter den Beispielen einer vom suo nomine klagenden Procurator zu leistenden *cautio de rato* den Fall aufführt ⁵⁾:

Sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agat, dubitandum non est, quin locus sit de rato cautioni. Idque Pomponius scribit.

Denn wenn der Procurator nicht durch eine dem Vertretenen gegebene *utilis actio* an der freien Durchführung seiner *directa actio* gehemmt ⁶⁾ und der auf die *directa actio* dem Procurator zahlende Schuldner nicht ebendeshalb in Gefahr wäre, dem später mit der *utilis actio* auftretenden Gläubiger noch einmal zahlen zu müssen ⁷⁾, welcher andere Grund und Zweck sollte der *cautio de rato* wohl beigemessen werden können ⁸⁾?

Ulpian macht keinen Unterschied, ob das vom Procurator entgegengenommene Zahlungsversprechen vom Schuldner oder von einem Dritten, mit anderen Worten, als *constitutum debiti proprii* oder als *constitutum debiti alieni* geleistet worden ist. Sehr natürlich also, daß gleich dem *constitutum debiti alieni* auch das Bürgschaftsversprechen, welches ich dem Procurator für ein dem Vertretenen von einem Dritten geschuldetes Darlehn leiste, sofort durch fingirte Cession eine *utilis ex stipulatu actio* auf den Vertretenen überträgt.

Ulpian im 5. Buche seiner *Opinionen* sagt in dieser Beziehung ⁹⁾:

Si pecuniam militis procurator ejus mutuam dedit fidejussoremque accepit: exemplo eo, quo si tutor pupilli aut curator juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.

Wenn der Procurator eines Soldaten Geld des Soldaten zum Darlehn giebt und dafür einen Bürgen empfängt, so ist die *directe*

²⁾ Schol. eines Ungeannten zu Basil. VIII, 2 c. 106 §. 3 (Heimb. I, p. 422). — — ³⁾ C. C. 397 not. 7. 8. — — ⁴⁾ l. 39 §. 1 D. de proc. (3. 3). C. §. 45. — — ⁵⁾ C. not. 4. — — ⁶⁾ l. 16 D. de pact. (2. 14). — — ⁷⁾ l. 28 D. de proc. (3. 3). — — ⁸⁾ Vergl. C. 397 not. 7. 8. — — ⁹⁾ l. 26 D. de reb. cred. (12. 1).

Klage aus dem im Namen des Soldaten gegebenen Darlehne dem Soldaten ¹⁰⁾, aus dem vom Procurator im eignen Namen entgegen-
genommenen Bürgschaftsversprechen dagegen dem Procurator erworben.
Allein der Procurator, welcher die ihm erworbene Klage cediren muß ¹¹⁾,
hat von Anfang an kein rechtliches Interesse an dem Vorbehalte der-
selben und verliert sie deshalb dem Inhalte nach sofort durch fingirte
Cession an den Soldaten. Der Soldat erhält aus demselben Grunde
und in derselben Weise eine utilis actio aus der Bürgschaftsstipula-
tion des Procurator, wie nach der zuvor erklärten Stelle jedem Ver-
tretenen aus dem constitutum des Procurator eine utilis actio de
constituta pecunia oder nach dem Schluß unseres vorliegenden Bruch-
stücks dem Pupillen oder Curanden, deren Geld der Tutor oder Cura-
tor in deren Namen gegen eine auf den eignen Namen gestellte Dar-
lehnsstipulation ausgeliehen hat, aus der Stipulation ihrer Vertreter
eine utilis ex stipulatu actio zu Theil wird ¹²⁾.

Auch dieses Resultat ist dem gemeinen Rechte völlig entsprechend ¹³⁾.
Es beruhet mithin auf Irrthum, dasselbe als ein jus singulare der
Soldaten aufzufassen, zumal bei dieser Auffassung durch ein Mißver-
ständniß der l. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9) ein vom Procu-
rator im eignen Namen gegebenes Darlehn und eine daraus dem
Soldaten ohne Cession eingeräumte utilis condictio unterstellt zu
werden pflegt ¹⁴⁾; denn in l. 2. D. quando ex fact. tut. cit. ist der
Fall ebenmäßig so zu denken, daß der Tutor oder Curator im Namen
der Vertretenen deren Geld verbergt und nur im eignen Namen die
Rückzahlung stipulirt hat, so daß den Vertretenen die Darlehnsklage
aus dem Realcontracte direct und nur die Klage aus der Darlehns-
stipulation durch fingirte Cession als utilis actio ad mutuam pecu-
niam exigendam zugewandt worden ist.

Eine unwiderlegliche Bestätigung unserer Erklärung findet sich
in folgenden Stellen:

¹⁰⁾ C. E. 375 not. 7. — ¹¹⁾ l. 59 pr. D. mand. (17. 1), l. 126 §. 2
D. de V. O. (45. 1). C. E. 412 f. — ¹²⁾ C. E. 397 not. 8. —
¹³⁾ Gemeinrechtlich wird auch der ursprüngliche Inhalt der l. 8 C. de reiv.
(3. 32) gewesen sein, da er sich gewiß auf den durch mancipatio oder in jure
cessio vom eignen Vertreter bewirkten Eigenthumswerb von res mancipi
und auf die daraus dem vertretenen Soldaten durch fingirte Cession verliehene
utilis in rem actio bezog. Erst die Compileratoren mögen der Bestimmung
durch die veränderte Beziehung auf den Eigenthumswerb aller möglichen Sa-
chen mittelst traditio den Charakter eines auf Soldaten beschränkten jus sin-
gulare gegeben haben. — C. E. 401 not. 30. — Vergl. Ihering im Jahrb.
f. Dogm. Bd. 1 S. 145 ff. — Pagenstecher, Lehre v. Eigenth. Abth. 3 S. 22 ff.
— ¹⁴⁾ Dieser Irrthum findet sich schon bei den Griechen, cf. Schel. 1—3
zu Basil. XXIII, 1 c. 26 (Heimb. II, p. 621 sq.).

Papinianus lib. 3 Responsorum ¹⁵⁾.

Quod procurator ex re domini mandato non refragante stipulatur, invito procuratore dominus petere potest.

Papinianus lib. 28 Quaestionum ¹⁶⁾.

Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater filiae voluntate ¹⁷⁾: divortio facto dotem dari ¹⁸⁾. Si conditio stipulationis impleatur et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit.

Paulus lib. 48 ad Edictum ¹⁹⁾.

In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat.

In Papinians erstem Bruchstücke liegt das entscheidende Gewicht, wie außer anderen Rechtslehrern auch Donell ²⁰⁾ bemerkt, auf der Bedingung, daß ex re domini stipulirt worden sei. Schon die Basiliken zeigen das, indem sie die Worte ex re domini (ἐκ τῶν πραγμάτων oder ἀπὸ τῶν πραγμάτων) verwandeln in die Worte: in rebus domini (ἐν τοῖς πράγμασι), dann aber auch ebensobald Papinians affirmative Entscheidung durch Einschaltung einer verneinenden Partikel in ihr Gegentheil verkehren und übersetzen ²¹⁾:

Ὅπερ ὁ διοικητὴς ἐν τοῖς πράγμασι τοῦ δεσπότου ἐπερώτησεν μὴ κωλυούσης αὐτὸν τῆς ἐντολῆς, ἄκοντος αὐτοῦ ὁ δεσπότης ἀπαιτεῖν οὐ δύναται.

Beide Entscheidungen sind weit entfernt, einander zu widersprechen, indem vielmehr die Basiliken die Regel, die Pandecten die Ausnahme geben. Regel ist es nämlich allerdings, daß der Geschäftsführer die Klagen aus den in den Angelegenheiten des Ge-

¹⁵⁾ l. 68 D. de proc. (3. 3). — — ¹⁶⁾ l. 40 D. solut. matrim. (24. 3).

— — ¹⁷⁾ So lesen alle Handschriften und die meisten alten Drucke. — — ¹⁸⁾ Die unpersönlich gefaßte Stipulation ist von selbst auf die Person des Stipulator zu beziehen [l. 126 §. 2 fin. D. de V. O. (45. 1)], weshalb die Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 38 (Heimb. III, p. 276) auch ohne Weiteres übersetzt: ἐπερώτησε, δεπουδίου γενομένου αὐτῷ ἀποδοθῆναι τὴν προῖκα — stipulatus est, divortio facto dotem sibi reddi. — — ¹⁹⁾ l. 5 D. de stipul. praetor. (46. 5). — Ueber den letzten Theil dieser Stelle s. S. 404 not. 5. — — ²⁰⁾ Comm. XV, 44 §. 28 (ed. Bucher, IX, p. 474). — — ²¹⁾ Basil. VIII, 2 c. 65 (Heimb. I, p. 396): Quod procurator in rebus domini mandato non refragante stipulatus fuerit, eo invito dominus petere non potest.

geschäftsherrn (in rebus domini)²²⁾ selbst mit dem Willen desselben vollzogenen Stipulationen nicht wider seinen Willen an den Geschäftsherrn verliert²³⁾, da er an deren Vorbehalte durch Auslagen oder übernommene Verbindlichkeiten rechtlich interessirt sein kann²⁴⁾; eine Ausnahme tritt aber dann ein, wenn der Geschäftsführer mit dem Willen des Geschäftsherrn (mandato non refragante) die zum Erwerbe der Stipulation erforderlichen Opfer nicht dem eignen Vermögen, sondern dem Vermögen des Geschäftsherrn (ex re domini) entnommen hat²⁵⁾. Unter dieser Voraussetzung hat der Procurator kein rechtliches Interesse, den Inhalt der erworbenen Stipulationsklage sich vorzubehalten, weshalb sofort durch fingirte Cession auf den Geschäftsherrn eine utilis actio übergeht, die den Letzteren in den Stand setzt, auch gegen den Willen des Procurator wider den Stipulationsschuldner zu klagen. Erst wenn der Procurator ohne oder gar gegen den Willen des Geschäftsherrn (mandato refragante) die Mittel desselben zum Erwerbe der Stipulation verwandt hat und daher dem nicht genehmigenden Geschäftsherrn zum Ersatze verpflichtet ist, hat der Procurator wieder ein rechtliches Interesse, die für jene Mittel erworbene Stipulationsklage nicht gegen seinen Willen an den Geschäftsherrn zu verlieren. Ebendaher ist dem Geschäftsherrn unter diesen Umständen abermals versagt, ohne wirkliche Cession gegen den Stipulationsschuldner zu klagen²⁶⁾.

Ist es nun ohne Zweifel eine ex re domini mandato non refragante erworbene Stipulation, wenn der Geschäftsführer mit des Geschäftsherrn Willen das Geld des Geschäftsherrn in dessen Namen verleiht und die Rückzahlung durch eine auf den eignen Namen lautende Stipulation vom Hauptschuldner oder dessen Bürgen bedungen hat²⁷⁾, so enthält die Stelle Papinians eine unwiderlegliche Bestätigung der zu dem vorübergehenden Bruchstücke Ulpian's von uns gelieferten Erklärung.

(Cujacius²⁸⁾, Böhmer²⁹⁾, Mühlenbruch³⁰⁾ und Unterholzner³¹⁾)

²²⁾ cf. l. 31 §. 5 D. de neg. gest. (3. 5), l. 54 §. 3 D. de acquir. rer. dom. (41. 1). — Basil. L. 1 c. 53 §. 3 (Heimb. V, p. 45). — — ²³⁾ cf. l. 8 §. ult., l. 10 §. 1. 6, l. 27 §. 5 D. mand. (17. 1). — — ²⁴⁾ cf. Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 65 (Heimb. I, p. 396). — — ²⁵⁾ cf. l. 52 pr. D. de pecul. (15. 1) . . ex re pupilli nomina fecit. — S. S. 397 not. 11. — — ²⁶⁾ l. 10 §. 8 D. mand. (17. 1), l. 67 §. 1 D. pro soc. (17. 2), l. 62 pr. D. de reiv. (6. 1), l. 30 D. de her. pet. (5. 3). — — ²⁷⁾ l. 12 §. 3, l. 25 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 41 D. de reb. cred. (12. 1). — — ²⁸⁾ In lib. III Respons. Papin. (opp. IV, p. 916 sqq.). — — ²⁹⁾ Exercitt. ad Pand. II, tit. 14 exerc. 28 §. 21 (pag. 292 sq.). — — ³⁰⁾ Cession §. 14 S. 137 ff. — — ³¹⁾ Schuldverh. Th. 1 §. 95 not. 1.

haben den wesentlichen Unterschied zwischen dem stipulari ex re domini und den stipulari in rebus domini verkannt und daher nur durch eine Aenderung des Wortes potest in non potest die erforderliche Uebereinstimmung des Ulpian'schen Bruchstücks mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen herstellen zu können geglaubt. Cujacius ist dazu noch besonders verleitet worden durch die vermeintliche Unerkbarkeit des von Papinian aufgestellten Grundsatzes mit der von Paulus in l. 126 §. 2 D. de V. O. (45. 1) mitgetheilten Entscheidung, wonach der Geschäftsführer, welcher von dem im Namen des Geschäftsherrn ausgeliehenen Gelde desselben, also in der That ex re domini³²⁾ Zinsen stipulirt hat, seine actio ex stipulatu dem Geschäftsherrn abzutreten gehalten sein soll. Allein erstens folgt aus dem Auerkenntniß einer Verpflichtung zur Ertheilung wirklicher Cession noch keineswegs, daß der Cessionsberechtigte nicht auch ohne Cession eine utilis actio habe, da ein Zwangsrecht auf wirkliche Cession Voraussetzung jeder fingirten Cession ist und häufig auch bei der durch fingirte Cession mit einer utilis actio suo nomine versehenen QuasiceSSIONAR als Mittel zur Ermöglichung des directe agere alieno nomine besonders hervorgehoben wird³³⁾. Zweitens ist es möglich und in dem von Paulus entschiedenen Falle sogar wahrscheinlich oder gewiß, daß der Geschäftsführer die Zinsstipulation ohne Auftrag geschlossen und insofern die Gefahr des Capitals übernommen hatte, ebendaher aber auch der Klage aus der Zinsstipulation nicht ohne wirkliche Cession beraubt werden durfte. Aus der l. 126 §. 2 D. de V. O. cit. ist also wider unsere Erklärung des Papinian'schen Bruchstücks nichts zu folgern. Dagegen spricht für unsere Erklärung, daß Scävola im 3. Buche seiner Digesten dem Vertretenen aus einer Zinsstipulation, welche der Vertreter mit dem Willen des Vertretenen zu einem im Namen des Vertretenen verborgten Darlehn geschlossen hat, ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis actio gegeben zu haben scheint.

Es heißt dort wörtlich³⁴⁾:

Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit et usuras semper cepit: et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate ejus inventa sunt. Quaero, an donatio perfecta esse videa-

³²⁾ l. 44 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — ³³⁾ cf l. 59 pr. D. mand. (17. 1), Basil. XIV, 1 c. 59 pr. u. Schel. 1 (Heimb. II, p. 140). — — ³⁴⁾ l. 35 §. 2 D. de donat. (39. 5). — cf. v. Meyerfeldt, Schenkung Th. 1 §. 263 f. — Giphart, lect. Altorf. ad h. l. — Thering in Jahrb. f. Dogm. Bd. 2 S. 105 ff.

tur? Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse.

Nach der übereinstimmenden Erklärung der Basiliken und der Scholien ³⁵⁾ hat die Großmutter des Labeo, um dem Labeo zu schenken, in dessen Namen Geld ausgeliehen, jedoch (δὲ) die Zinsen immer selbst gezogen und sich vom Labeo die Schulddocumente aushändigen lassen, welche nach ihrem Tode in ihrem Nachlasse gefunden sind. Nichtsdestoweniger (οὐδὲν ἥττον) wird die Schenkung der Großmutter an Labeo für vollendet erachtet, weil (ὁπότε) der Schuldner dem Labeo verbindlich geworden sei ³⁶⁾.

Durch diesen Entscheidungsgrund werden die Zweifelsgründe widerlegt, daß die Großmutter stets die Zinsen selbst gezogen und von Labeo die Schulddocumente ausgehändigt erhalten habe. Es muß also die den Schuldner mit Labeo verknüpfende Verbindlichkeit schon wegen des unabwieslichen Gegensatzes zu der von der Großmutter bethätigten Zinseinziehung nothwendig die Zinspflicht umfaßt haben. Dürfen wir nun ferner annehmen, daß die Großmutter, welche ihren Enkel bei der Capitalbelegung vertrat, die Vertretung auf die Zinsstipulation, als einzig denkbaren Grund der Zinspflicht ³⁷⁾ ausgedehnt haben wird, so muß neben dem direct erworbenen Capitalrückforderungsrechte das Zinsforderungsrecht dem Labeo in Ermangelung einer nirgends angezeigten wirklichen Cession durch eine fingirte Cession als utilis actio erworben sein. Die Rückgabe der Schulddocumente ist dabei als ein vom Labeo der Großmutter stillschweigend ertheilter Auftrag zur Zinserhebung aufgefaßt, welcher zwar den vom Schuldner an die Großmutter abgeführten Zinszahlungen auch dem Labeo gegenüber liberatorische Wirkung zu verleihen, aber nichts an dem zwischen Labeo und dem Schuldner in Betreff des Capitals und der Zinsen begründeten Obligationsnerus zu verändern geeignet ist.

Die utilis actio des Enkels aus der Zinsstipulation, welche die Großmutter zu der dem Enkel direct erworbenen condictio ex mutuo geschlossen hat, bietet also einen neuen Belag zu dem Satze, daß dem Vertretenen aus einer vom Vertreter mit dem Willen des Vertretenen durch die Mittel desselben begründeten Stipulation kraft fingirter Cession Klagerrechte gebühren.

³⁵⁾ Basil. XLVII, 1 c. 34 §. 2 u. Schol. 3. — Schol. Innom. 2 zu Basil. XLVII, 1 c. 33 (Heimb. IV, p. 578. 579 sq.). — — ³⁶⁾ cf. l. 34 pr. D. de donat. (39. 5), l. 88 pr. D. de legat. II (31). — Mit Unrecht nimmt v. Savigny, Syst. Bd. 4 §. 123 not. 9, das cum in dem Sinne von »wenn«. — — ³⁷⁾ l. 24 D. praeser. verb. (19. 5), l. 10 §. 4 D. mand. (17. 1), l. 3, l. 7 C. de usur. (4. 32). — Paul. sent. rec. II, 14 §. 1.

Einen weiteren Belag zu demselben Satze enthält das zweite der oben abgedruckten Bruchstücke Papinians, welches im ursprünglichen Zusammenhange von einer gewaltfreien Tochter gehandelt und erst durch die Compileratoren absichtlich oder unabsichtlich die jetzige auch die hausunterthänige Tochter umfassende Verallgemeinerung erhalten haben muß³⁸⁾.

Nach der ursprünglichen Beschränkung hat der Vater für eine gewaltfreie Tochter eine dos bestellt und sich nach der Verheirathung der Tochter mit deren Willen für den Fall der Ehescheidung die Rückgabe stipulirt³⁹⁾. Dabei ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß der Vater beim Abschluß der Stipulation als Mandatar der Tochter gehandelt habe und insofern derselben zur Cession der von ihm begründeten Stipulationsklage verpflichtet sei⁴⁰⁾, allein schon deshalb, weil im öffentlichen Interesse immer und allenthalben auf die Erhaltung der dos hinzuwirken ist⁴¹⁾, darf nicht für eine Schenkung, sondern nur für ein Mandat vermuthet werden. Die gewaltfreie Tochter muß also mit der Mandatsklage die Cession der Stipulationsforderung vom Vater haben erzwingen können, muß aber auch im Fall der Scheidung im Stande gewesen sein, gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine *utilis ex stipulatu actio* gegen ihren Ehemann anzustellen, weil sie bereits mit dem Abschluß der Ehe für den Fall der Scheidung die *actio rei uxoriae* als eignes Vermögen erworben gehabt⁴²⁾, mithin durch den Auftrag, diese Forderung in eine Verbalobligation umzuwandeln, ihrem Vater Gelegenheit gegeben hatte, *mandato non refragante ex re filiae* zu stipuliren.

Die durch fingirte Cession des Vaters von der Tochter erworbene *utilis actio ex stipulatu* gehört dergestalt zum Vermögen der Tochter, daß sie nach dem Tode der Tochter auf deren Erben übergeht⁴³⁾. Da nun die nach der Ehescheidung ohne Testament versterbende Tochter schon nach dem Sct. Orfitianum zunächst von ihren Kindern und erst, wenn keine Kinder vorhanden sind, von ihrem Vater beerbt

³⁸⁾ Andere Erklärungen s. bei Cujac. observ. IV, 21. — ad Papin. lib. 28 Quaest. (opp. IV, p. 276), ad African. l. ult. D. rat. rem hab. (opp. I, p. 1364 sqq.). — Glück, Comment. Bd. 27 S. 129 ff. — Unterholzner, Schuldverh. Th. 2 §. 541 not. m. — — ³⁹⁾ l. 7, l. 20 §. 1 D. de pact. dotal. (23. 4), l. 29 pr. D. sol. matr. (24. 3), l. 7 C. de jure dot. (5. 12). — — ⁴⁰⁾ l. 10 §. 6 D. mand. (17. 1), l. 11 D. de dot. praeleg. (33. 4), l. 48 D. de neg. gest. (3. 5). — — ⁴¹⁾ l. 1 D. sol. matr. (24. 3), l. 2 D. de jure dot. (23. 3), cf. l. 7 §. 6 D. de don. in V. et U. (24. 1) . . jure publico causam pignoris integram obtinebis. — — ⁴²⁾ Ulp. fr. VI, 6. — l. 7 D. de pact. dot. (23. 4), l. 75 D. de jure dot. (23. 3), l. 71 D. de evict. (21. 2). — — ⁴³⁾ l. 5 C. sol. matr. (5. 18), l. un. §. 4 C. de rei uxor. act. (5. 13).

wird⁴⁴⁾, so steht dem Vater, so lange die Tochter selbst oder so lange Kinder derselben leben, eine *doli exceptio* entgegen, wenn er seine *directa ex stipulatu actio* geltend zu machen versucht⁴⁵⁾. Erst wenn die Tochter ohne Kinder verstirbt, wird die *directa actio* des Vaters von dem Hindernisse der *exceptio* befreit, weil die Erbschaft die *utilis actio* mit der *directa actio* in der Person des Vaters vereinigt und dadurch den Vater befähigt, die sonst nur mit Einwilligung des utiliter berechtigten QuasiceSSIONARS durchzusetzen *directa actio*⁴⁶⁾ lediglich kraft eignen Willens durchzusetzen⁴⁷⁾. Papinian schreibt also ganz richtig: *Si conditio stipulationis impleatur et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus est.*

Derselben auf fingirter Cession beruhenden *utilis actio ex stipulatu* verbannt die gewaltfreie Ehefrau, welche die Rückgabe der aus eigem Vermögen bestellten dos für den Fall der Ehescheidung durch einen Mandatar hat stipuliren lassen, das von Modestinus und Paulus erwähnte Recht, nicht bloß nach der Ehescheidung bei Wiedererneuerung der Ehe ohne Einwilligung des Stipulator die dos zu erneuern, sondern auch schon während der Ehe ohne Zuziehung des Stipulator den Dotalcontract willkürlich zu ändern und geradezu auf den eignen Namen zu stellen⁴⁸⁾. — Selbst die allgemeineren Worte von

Paulus lib. 72 ad Edictum⁴⁹⁾.

Novare possumus aut ipsi, si sui juris sumus, aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur.

werden bei Erwähnung der Möglichkeit, durch andere mit unserem Willen stipulirende Personen zu noviren, an die auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* gedacht haben, welche die vom Mandatar ex re nostra erworbene Stipulation uns verschafft.

Diese einfache und im Wesentlichen schon der Glossen bekannte Erklärung des Papinian'schen Bruchstücks⁵⁰⁾ ist weit entfernt, einen Wi-

⁴⁴⁾ Ulp. fr. XXVI, 7. — pr. J. de SCt. Orfit. (3. 4). Der Zweifel, ob nicht erst durch l. 3 C. Th. de legit. her. (5. 1) der pater manumissor den Kindern der emancipirten Tochter im Intestaterbrechte nachgesetzt worden sei, wird durch unsere Stelle widerlegt. — cf. Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 412. — cf. Glück, Intestaterbrecht S. 255 ff., 285 f. — — ⁴⁵⁾ l. 16 pr. D. de pact. (2. 14), l. 27 §. 1, l. 28 D. de proc. (3. 3). — — ⁴⁶⁾ S. S. 408 f. — — ⁴⁷⁾ l. 8 C. ad exhib. (3. 42). S. §. 45. — cf. l. 95 §. 2 D. de solut. (46. 3). — — ⁴⁸⁾ l. 63, l. 72 §. 2 D. de jure dot. (23. 3), cf. Schol. l. 2 zu Basil. XXIX, 1 c. 59 u. Schol. 5 zu Basil. XXIX, 1 c. 63 (Heimb. III, p. 399. 414). — — ⁴⁹⁾ l. 20 pr. D. de novat. (46. 2). — — ⁵⁰⁾ cf. Summa Alexandr. ad h. l. — Pater stipulando dotem mandato

derspruch anzunehmen zwischen Papinians Entscheidung und denjenigen Zeugnissen, welche aus der mit dem Willen der Tochter vom Vater über die Rückgabe der dos abgeschlossenen Stipulation für den Vater eine *directa actio ex stipulatu* entstehen lassen⁵¹⁾. Sie ist vielmehr ohne diese Voraussetzung nicht einmal möglich, da die *utilis actio* der Vertretenen von der *directa actio* des Vertreters abgeleitet wird. Papinians Worte enthalten also nach ihr nichts, als eine Anwendung der von demselben Papinian in dem zuerst abgedruckten Bruchstücke ausgesprochenen Regel, daß die vom Procurator dem erhaltenen Auftrage gemäß aus den Mitteln des Vertretenen erworbene Stipulation dem Vertretenen sofort ein auch wider Willen des Procurator geltend zu machendes Klagerecht verleihe⁵²⁾.

Hiernach kann es nicht befremden, daß die Basiliken, welche jener Regel einen veränderten Sinn geben, consequent genug sind, auch die Anwendung der Regel nicht unverändert zu lassen. Wir lesen im griechischen Texte⁵³⁾:

Ἐὰν ὁ πατὴρ μετὰ τὴν ἐπίδοσιν καὶ τὸν γάμον παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς συμφωνήσῃ τὴν προῖκα λαβεῖν ἀπὸ διαφυγίου καὶ ἐξέλθῃ ἡ αἵρεσις, ζώσης μὲν αὐτῆς οὐ καλῶς κινεῖ· εἰ δὲ τελευτήσῃ χωρὶς παιδῶν, οὐ κωλύεται κινεῖν.

Weggelassen ist die Erwähnung einer Einrede und verwandelt sind außerdem theils die Originalworte: *voluntate filiae* in ihr Gegentheil: *sine voluntate filiae*, theils des Vaters *stipulatio* in ein einfaches *pactum*; Aenderungen, welche jede Spur einer *utilis actio* verwischen und den Inhalt des Bruchstücks der neuen Bestimmung Justinians anpassen, daß zur Rückforderung der dos statt der unvererblichen *actio rei uxoriae* fortan eine auch ohne mora vererbliche Klage aus einer stillschweigenden Stipulation dienen soll⁵⁴⁾, die im vorliegenden Falle nach dem Tode der geschiedenen Tochter auf deren Kinder oder Vater vererbfällt, je nachdem die Tochter mit oder ohne Hinterlassung von Kindern verstorben ist; denn das ohne Willen der

filiae videtur stipulari et tanquam ejus procurator: ex qua stipulatione filia mortua sine liberis agit pater ut heres filiae — sed filia vivente jus agendi non residet in patre. — ⁵¹⁾ l. 7, l. 20 §. 1 D. de pact. dotal. (23. 4), l. 29 pr. D. solut. matr. (24. 3), l. 7 C. de jure dot. (5. 12). — ⁵²⁾ C. C. 410 ff. — ⁵³⁾ Basil. XXVII, 8 c. 38 (Heimb. III, p. 276): Si pater post dotem datam et nuptias contractas sine voluntate filiae pactus sit, ut dotem recipiat in casum divortii et conditio extiterit, ea quidem viva non recte agit; sed si sine liberis decesserit, agere non prohibetur. — ⁵⁴⁾ l. un. §. 4. 6 de rei uxor. act. (5. 13), Schel. 1 zu Basil. XXVIII, 6 c. 69 (Heimb. III, p. 293).

Tochter geschlossene pactum kann weder den Rechten der Tochter und der zunächst erbenden Enkel etwas nehmen⁵⁵⁾, nach dem Vater ein contractliches Klagerrecht verschaffen. Der Vater hat also nach der Ehescheidung der Tochter in der That nur mit der *tacita ex stipulatu actio*⁵⁶⁾ und nur dann die dos zurückzufordern, wenn die Tochter kinderlos verstorben und — wie stillschweigend hinzugebacht werden muß — vom Vater beerbt worden ist⁵⁷⁾.

Die Scholie verändert den Text der Basiliken zwar insofern, als sie statt des pactum eine stipulatio des Vaters unterstellt und am Schlusse den Inhalt der Einnahme, welche der Klage des Vaters bei Lebzeiten der Tochter entgegenstehen soll, dahin angiebt: *ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς ἐπερώτησας μετὰ τὴν σύστησιν τοῦ γάμου παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς*⁵⁸⁾; allein wenn auch dadurch zweifelhaft geworden sein sollte, ob die dem Vater nach dem kinderlosen Tode der geschiedenen Tochter eintredfrei gegebene actio ex stipulatu aus der nach der Brantgabebestellung ausdrücklich geschlossenen Stipulation des Vaters, oder aus der bei der Brantgabebestellung stillschweigend zu Stande gekommenen Stipulation der Tochter abzuleiten sei, so darf doch dieser Zweifel füglich ungelöst bleiben, da die Veränderungen immer noch keinen ausreichenden Grund darbieten, mit vielen Rechtslehrern⁵⁹⁾ eine Veränderung des handschriftlich überlieferten Pandectentextes für gerechtfertigt zu erachten.

Gehen wir nun über zu der Frage, ob die Compilatoren dem Pandectentexte diejenige Verallgemeinerung, wonach derselbe auch die hausunterthänige Tochter umfaßt, absichtlich oder unabsichtlich gegeben haben, so können wir uns nur dann für die erste Alternative entscheiden, wenn wir uns entschließen, die vom Vater für die Haus-tochter bestellte dos nicht allein während⁶⁰⁾, sondern auch nach der Ehe als ein vom Vermögen des Hausvaters getrenntes, ausschließlich für die Tochter bestimmtes, nach Art des *peculium adventitium extraordinarium* zu behandelndes Sondergut anzusehen⁶¹⁾. Für diese von angesehenen Juristen getheilte Ansicht spricht unter anderem, daß die dos als Inhalt der alten *actio rei uxoriae*, wie der neuen

⁵⁵⁾ l. 29 pr. D. sol. matr. (24. 3), l. 7, l. 20 §. 1 D. de pact. dotal. (23. 4), l. 23 D. de jure dot. (23. 3), l. 7 C. eod. (5. 12). — — ⁵⁶⁾ cf. l. un. pr. C. de rei uxor. act. (5. 13), Schol. 2 zu Basil. XXIX, 1 c. 119 (Heimb. III, p. 450). — — ⁵⁷⁾ Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 63 (Heimb. III, p. 293). — §. 45. — — ⁵⁸⁾ (Heimb. III, p. 276) . . at si non post nuptias contractas male stipulatus es sine voluntate filiae. — — ⁵⁹⁾ C. §. 414 not. 38. — — ⁶⁰⁾ l. 3 §. 5 D. de minor. (4. 4), l. 71 D. de evict. (21. 2), l. 7 D. de pacto dot. (23. 4), l. 4 D. de collat. dot. (37. 6), l. 75 D. de jure dot. (23. 3), fr. Vat. §. 269. — — ⁶¹⁾ l. 2 C. solut. matr. (5. 18).

actio tacita ex stipulatu zufolge ihrer Bestimmung, zur Erleichterung der Eheleuten beizutragen, die Grundlage einer naturalis praestatio bildet und daher von der Einwirkung der beschränkten Rechtsfähigkeit im Wesentlichen unabhängig ist⁶²⁾; daß insbesondere die daraus abfolgenden früheren Befugnisse der Haustochter, der vom Vater mit der Formel: *filiae patrive reddi* anzustellenden Totalrückforderungsklage⁶³⁾ zuzustimmen⁶⁴⁾ und die Klage zuweilen sogar allein anzustellen⁶⁵⁾, auch die vom Vater noch nicht erhobene oder vom Vater mit ihrer Zustimmung in *judicium* deducirte Klage nach des Vaters Tode mit Ausschluß der Erben zu erheben oder fortzusetzen⁶⁶⁾, ja sogar durch eine während oder nach der Ehe erlittene *capitis diminutio minima*⁶⁷⁾ oder *media*⁶⁸⁾ die *actio rei uxoriae* nicht nur nicht zu verlieren, sondern mit Ausschluß des Vaters allein zu erwerben, durch das spätere Recht erheblich erweitert worden sind, indem die *dos profectitia* wie die *dos* überhaupt durch eine Novelle Valentinians III vom Jahre 452 nach dem Tode der, gleichviel, ob gewaltfrei oder als Haustochter verstorbenen Ehefrau in den Erbgang des übrigen Vermögens derselben hineingezogen zu sein scheint⁶⁹⁾, und zufolge einer Novelle Justinians vom Jahre 539 von der als Haustochter verwitweten Ehefrau bei ihrer Wiederverheirathung ohne Weiteres dem zweiten Ehemanne als *dos* zugebracht werden darf⁷⁰⁾, ja indem sogar durch Justinians sonstige Bestimmungen die neu eingeführte Totalrückforderungsklage — obgleich sie, ähnlich dem *peculium adventitium extraordinarium*⁷¹⁾, von der lebenden Haustochter nicht ohne Betheiligung des Vaters angestellt werden kann⁷²⁾ — doch nach dem Tode der Haustochter auch deren Erben eingeräumt worden ist⁷³⁾, wie durch die oben angeführte Stelle der Basiliken, soweit sie

⁶²⁾ l. 8 D. de cap. min. (4. 5). — cf. v. Savigny, Syst. Bd. 2 S. 116.
 — — ⁶³⁾ l. 22 §. 9 D. solut. matr. (24. 3). — — ⁶⁴⁾ Ulp. fr. VI, 6. —
 l. 28 D. de jure dot. (23. 3), l. 2 §. 1 D. solut. matr. (24. 3), l. 2 C. eod.
 (5. 18). — — ⁶⁵⁾ l. 22 §. 4. 6. 10. 11 D. solut. matr. (24. 3), l. 8 pr. D.
 de proc. (3. 3), cf. l. 6 §. 1 D. de usur. (22. 1), l. 42 pr. D. solut. matr.
 (24. 3), l. 8 §. 4, l. 10 §. 1 D. de bon. damn. (48. 20). — — ⁶⁶⁾ l. 22 §. 5,
 l. 31 §. 2 D. solut. matr. (24. 3), l. un. §. 13 C. de rei uxor. act. (5. 13).
 — — ⁶⁷⁾ l. 44 pr., l. 22 §. 5 D. solut. matr. (24. 3), l. un. §. 13 C. de
 rei uxor. act. (5. 13), l. 9 D. de cap. min. (4. 5) . . . Ut quandoque
 emancipata agat. — cf. v. Savigny a. a. O. S. 117 not. c. c. — — ⁶⁸⁾ l. 5
 D. de bon. damnat. (48. 20). — — ⁶⁹⁾ Nov. II, tit. 35 §. 8–10 (bei Hugo),
 Nov. I, tit. 34 §. 8–10 (bei Hänel), cf. l. 3 C. de bon. quae liber. (6. 61).
 — — ⁷⁰⁾ Nov. 97 c. 5. — — ⁷¹⁾ l. 8 pr. C. de bon. quae liber. (6. 61).
 — — ⁷²⁾ l. un. §. 14 C. de rei uxor. act. (5. 13). — — ⁷³⁾ l. un. §. 4. 6
 C. de rei uxor. act. (5. 13). — Petri except. I, 33. — cf. l. un. C. si dos
 const. matrim. (5. 19).

ihrem allgemeinen Ausdrucke gemäß auf die Haustochter erstreckt werden muß, zum mindesten hinsichtlich der Kinder der geschiedenen Haustochter unwiderleglich bewiesen sein dürfte.

Unter der angegebenen Voraussetzung steht nichts entgegen, auch der geschiedenen Haustochter wie aus der *tacita stipulatio* eine directe, so aus der in ihrem Auftrage vom Vater geschlossenen Stipulation über die Rückgabe der *dos profectitia* durch fingirte Cession eine *utilis actio* einzuräumen, die sie im Fall beerbten Todes ihren Kindern, im Fall unbeerbten Todes ihrem Vater hinterlassen hat, so daß die rücksichtlich der gewaltfreien Tochter versuchte Erklärung des Papinian'schen Bruchstücks nach Justinianischem Rechte auch rücksichtlich der hausunterthänigen Tochter passen würde.

Unter der entgegengesetzten Voraussetzung bleibt freilich, so viel ich sehe, nichts übrig, als auch nach Justinianischem Rechte den scheinbar allgemeineren Inhalt des Papinian'schen Bruchstücks auf die gewaltfreie Tochter zu beschränken, und den Compilatoren eine unabsichtliche Ungenauigkeit zuzuschreiben⁷⁴). In jedem Falle enthält jedoch das Papinian'sche Bruchstück in größerem oder geringerem Umfange eine neue Anwendung der Regel, daß die vom Vertreter begründeten Stipulationsklagen sofort durch fingirte Cession als *utiles actiones* auf den Vertretenen übergehen, wenn der Vertreter kein rechtliches Interesse hat, den Inhalt der directen Klagen sich vorzubehalten.

Die dritte der oben abgedruckten Pandectenstellen enthält eine fernere Anwendung dieser Regel, indem sie dem Vertretenen *causa cognita* aus allen prätorischen Stipulationen, welche der Procurator für ihn abgeschlossen hat⁷⁵), eine auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* einräumt⁷⁶). Denn Stipulationen der Art, z. B. die *stipulatio damni infecti*, *judicatum solvi*, *legatorum servandorum causa* u. s. w.⁷⁷), erfordern selten oder niemals Vermögensopfer von Seiten des Stipulator und werden vom Procurator zu keinem anderen Zwecke geschlossen, als um das Vermögen des Vertretenen vor Einbußen zu bewahren. Nur in wenigen Ausnahmefällen lassen sich Umstände denken, unter denen desungeachtet dem Procurator an dem Verwalte der *directa actio* gelegen sein kann, aber gerade für diese

⁷⁴) Dieselbe Beschränkung wird von der Basilikenscholie in einem ähnlichen Falle vertheidigt, cf. Schol. 2 fin. zu Basil. XXIV, 1 c. 6 (Heimb. III, p. 5). — — ⁷⁵) l. 3 D. de praetor. stipul. (46. 5), l. 3 §. 1—6 D. judic. solvi (43. 7), l. 1 §. 4, l. 18 §. 2 D. ut legat. (36. 3), l. 4 §. 9 D. de fideic. libert. (40. 5), l. 1 §. 17 D. quod legat. (43. 3), l. 39 §. 3 D. de damn. inf. (39. 2), l. 20 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 1 D. de honor. poss. fur. (37. 3). — — ⁷⁶) l. 10 D. quod euj. univ. nom. (3. 4). — — ⁷⁷) l. 5 pr. D. de V. O. (45. 1), §. 2 J. de divis. stipul. (3. 19).

Fälle ist auch durch die jeder utilis actio aus prätorischen Stipulationen vorausgehende Sachuntersuchung und Decretur des Prätor zur Genüge gesorgt⁷⁸⁾.

Einzelne Bewährungen des von Paulus allgemein aufgestellten Satzes finden sich namentlich bei der stipulatio damni infecti, stipulatio judicatum solvi und der allerdings auch wohl zu den stipulationes communes gezählten⁷⁹⁾ stipulatio, rem pupilli salvam fore.

Von der ersten schreibt Paulus im 48. Buche zum Edict⁸⁰⁾:

Si procurator meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita mihi ex ea stipulatione actio competit.

Von der zweiten heißt es unter anderem bei Ulpian im 1. Buche der Disputationen⁸¹⁾:

Si procurator meus judicatum solvi satis acceperit: mihi ex stipulatu actio utilis est, sicut judicati actio mihi indulgetur.

Erwägen wir nun, daß nach dem Pandectenrechte allein der procurator praesentis die erstrittene judicati actio durch fingirte Cession als utilis actio an den Principal verliert⁸²⁾, so übersehen wir die Grenzen, in denen Ulpian die actio ex stipulatu aus der dem Procurator geleisteten cautio judicatum solvi auf den Principal ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, übergehen läßt. Wir erkennen dann zugleich, welche Bedeutung folgenden Worten beizulegen ist:

Ulpianus lib. 70 ad Edictum⁸³⁾.

Si procuratori praesentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.

Niemandem zweifelhaft (nemo ambigit) konnte die Uebertragung der actio ex stipulatu vom procurator praesentis auf den dominus zu Ulpians Zeit nur dann sein, wenn der procurator praesentis als Proceßprocurator eines anwesenden Klägers vom Gegner cautio judicatum solvi entgegengenommen hatte. Da außerdem Ulpian im 70. Buche seines Edictcommentars überhaupt von prätorischen Stipulationen handelte^{83a)}, so sind alle neueren Rechtslehrer einig, unser Bruchstück, zumal bei der Unerfindlichkeit an-

⁷⁸⁾ C. C. 193 f. — — ⁷⁹⁾ Gaj. I, 199. — pr. J. de satisdat. tut. (1. 24), l. 2 C. de tut. vel cur. (5. 42). — l. 5 pr. D. de V. O. (45. 1), §. 4 J. de divis. stip. (3. 18), Theophil. ad h. l. — — ⁸⁰⁾ l. 18 §. 16 D. de damn. inf. (39. 2). — Eine objectiv erweiterte utilis actio, wenn die Cautionsleistung völlig versäumt war, s. in l. 9 pr., l. 15 §. 28 D. eod. u. lex Rubr. c. 20. — — ⁸¹⁾ l. 28 pr. D. de procur. (3. 3). C. §. 44. — — ⁸²⁾ fr. Vat. §. 331. 332. — l. 6 C. Th. de cognitor. (2. 12). C. §. 44. — — ⁸³⁾ l. 79 D. de V. O. (45. 1). — — ^{83a)} l. 1 D. de stipul. praet. (46. 5).

nehmbarer Gründe für eine allgemeine Vertretung der Art, nicht mit Donell⁸⁴⁾ und einer Basilikenscholie⁸⁵⁾ auf jede in Gegenwart des Vertretenen vom Procurator geschlossene Stipulation zu beziehen, sondern als eine *lex fugitiva* zu betrachten, die sich durch ein Versehen der Compilatoren aus dem Titel *de procuratoribus* in den Titel *de verborum obligationibus* verirrt habe und von Ulpian in der beschränkten Beziehung auf die *stipulatio judicatum solvi* niedergeschrieben worden sei⁸⁶⁾. In dieser Beschränkung enthält aber die Entscheidung nichts unserem Principe Widersprechendes, da demjenigen Proceßprocurator, welchem die *actio judicati* entzogen ist, ohne alle Gefährdung auch die Klage aus der für die Sicherheit der *actio judicati* geschlossenen Stipulation entzogen sein kann.

Die dritte der oben erwähnten Stipulationen, die *cautio rem pupilli, adolescentis, captivi salvam fore*, soll ausdrücklichen Zeugnisse zufolge auf Anordnung der Obervormundschaftsbehörde einem öffentlichen Sklaven oder einem freien Vertreter für den Pflegling dergestalt geleistet werden können, daß der Pflegling oder der sonst Betheiligte daraus, ohne Cession eine *utilis actio* erhält⁸⁷⁾.

Dasselbe gilt von derjenigen Caution, welche nach einer Verordnung Antonins des Frommen⁸⁸⁾ bei der Arrogation eines Unmündigen für den Fall, daß der Arrogirte vor erreichter Mündigkeit stirbe, wegen der Restitution des Vermögens an diejenigen, welche ihn ohne die Arrogation beerbt haben würden, vom Arrogator geleistet werden muß, denn auch diese Caution soll in der Regel entgegengenommen werden von einem öffentlichen Sklaven⁸⁹⁾, welcher dem Staate, oder von einem freien Privatmanne (*tabularius*)⁹⁰⁾, welcher sich selbst *ipso jure directe* Stipulationsklagen erwirbt, sofort aber auch, weil es für den Vorbehalt des Inhalts derselben an einem rechtlichen Interesse gebricht, den betheiligten, wenn auch vielleicht noch unbekannten und ungewissen Erben mittelst fingirter Cession *utiles actiones*

⁸⁴⁾ Comm. XV, 44 §. 28 (ed. Bucher IX, p. 469). — — ⁸⁵⁾ Schol. 2 zu Basil. XIV, 1 c. 59 pr. (Heimb. II, p. 140). — Wieder anders erklärt in Schol. 1 eod. — — ⁸⁶⁾ cf. Mühlenbr., Cess. §. 14 Z. 139 ff. — Bethmann-Hellwig, Verf. S. 229 not. 141. — Buchta, Stellvertret. S. 55. — Keller, Proc. §. 77 not. 893. — — ⁸⁷⁾ l. 1 §. 15. 16 D. de magistr. conv. (27. 8), l. 2, l. 3, l. 4 pr. D. rem pup. vel adolesc. salv. (46. 6), l. 3 C. de postl. rev. (8. 51). S. S. 398 not. 17. — — ⁸⁸⁾ Ulp. fr. VIII, 5. — Gaj. I, 102. — §. 3 J. de adopt. (1. 11), l. 2 §. 1 D. fam. here. (10. 2), l. 22 §. 1 fin. D. de adopt. (1. 7), l. 40 D. de vulgar. (28. 6). — — ⁸⁹⁾ l. 18, l. 19 pr. D. de adopt. (1. 7), l. 2 C. eod. (8. 48). — — ⁹⁰⁾ §. 3 J. de adopt. (1. 11) .. personae publicae, hoc est tabulario. cf. l. 32 C. de episc. et cler. (1. 3), l. 3 C. de tabular. (10. 69). — Schrader ad §. 3 J. de adopt. cit. pag. 79.

verschafft⁹¹⁾ und auf diesem bequemen Wege der Cautio die Erfüllung ihres Zwecks möglich macht.

Endlich ist anhangsweise zu erwähnen, daß den Stipulationsforderungen diejenige actio in factum gleichbehandelt wird, welche dem unwissenden Käufer⁹²⁾ gegen den freien Menschen, der sich wissentlich als Sklav verkaufen ließ⁹³⁾, auf das Doppelte des vereinbarten Kaufpreises zusteht⁹⁴⁾. Aus dem Kaufe des Procurator wird diese Klage sofort durch fingirte Cession als utilis actio dem Mandanten gegeben⁹⁵⁾, weil nicht der Procurator, sondern der Mandant von den Folgen des Betrugs betroffen wird, mithin nicht der Procurator an dem Vorbehalte des Inhalts der directen Straffklage, wohl aber der Mandant an dem Erwerbe der utilis actio ein begründetes Rechtsinteresse hat.

II. Der Procurator.

(Fortsetzung.)

§. 43.

b. Bei zweiseitigen Verträgen,

deren Grundsätzen wegen der eigenthümlichen Beziehung zum Pfandrealcontracte auch das Pfandpactum folgt, herrscht fast durchgängig die Regel, daß der Vertreter die begründete Klage nicht ohne wirkliche Cession an den Vertretenen verliert, weil er neben dem Vertretenen für die durch den Vertrag begründete Verbindlichkeit haftet¹⁾ und daher an dem Vorbehalte des Klagerechts ein rechtliches Interesse zu haben pflegt.

Als Anwendung dieser Regel mag unter anderem²⁾ hervorgehoben werden:

erstens eine Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian, wonach derjenige, welcher durch einen gewaltfreien Vertreter Del fau-

⁹¹⁾ l. 40 D. de vulgari (28. 6): Nam et legitimis heredibus futuris non aliae quam utiles actiones praestari possunt. — l. 2 §. 5. 46 D. ad ScT. Tertull. (38. 17), cf. Cujac. ad lib. 29 Quaest. Papin. (opp. IV, p. 752 sqq.). — Eine objectiv erweiterte utilis actio, wenn die Cautio versäumt war, s. in l. 19 §. 1 D. de adopt. (1. 7). — — ²²⁾ l. 16 §. 2, l. 22 §. 3 D. de liberal. caus. (40. 12). — — ⁹³⁾ l. 14 §. 1 D. de liberal. caus. (40. 12), cf. l. 10 §. 2 D. de fideic. lib. (40. 5). — — ⁹⁴⁾ l. 21 D. de liberal. caus. (40. 12). — — ⁹⁵⁾ l. 22 §. 1 D. de liberal. caus. (40. 12), cf. l. 16 §. 3, l. 22 §. 5 D. eod. — Ueber l. 17 D. eod. wird später das Nöthige gesagt werden.

¹⁾ C. C. 391 not. 43. — — ²⁾ l. 5 §. 4 D. de dol. exc. (44. 4), l. 16 §. 1 D. de pact. (2. 14), cf. Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 16 (Heimb. I, p. 585).

fen ließ, die dem Vertreter gegen Uebernahme der entsprechenden Verpflichtungen erworbene *emti actio* durch den Vertreter selbst oder durch einen Procurator des Vertreters gegen den Verkäufer vor Gericht soll anzubringen haben³⁾;

zweitens folgende Pandectenstelle:

Papinianus lib. 2 Definition.⁴⁾

Et si possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur: sed per actionem mandati ea cedere cogitur.

Mit ausdrücklichen Worten wird hier gesagt, der vom Procurator für den Geschäftsherrn abgeschlossene Kaufvertrag, welcher den Procurator neben dem Geschäftsherrn für die Zahlung des Kaufpreises verantwortlich mache verschaffe dem Procurator die *actio emti* dergestalt, daß der Geschäftsherr sie nicht wider Willen des Procurator, d. h. nicht auf Grund einer fingirten Cession als *utilis actio*, gegen den Verkäufer anstellen könne, sondern darauf beschränkt sei, die wirkliche Cession der *actio emti* durch seine Mandatsklage vom Procurator zu erzwingen⁵⁾.

Drittens in bereits früher abgedrucktes und in anderen Beziehungen erläutertes Bruchstück Ulpian's⁶⁾, wonach der Procurator — einstweilen abgesehen von den interpolirten Wörtern *plerumque und semper*⁷⁾ — immer sowohl aus dem in Vertretung des Gläubigers geschlossenen Pfandpactum und Pfandrealcontracte, als auch aus dem in Vertretung des Schuldners geschlossenen Pfandrealcontracte Klagen erwerben und die selben ungehindert soll anstellen dürfen⁸⁾, weil ihm an derer Vorbehalte insofern gelegen sein kann, als er — je nachdem er in der Stellung des Gläubigers oder Schuldners den Pfandrealcontract abgeschlossen hat — der *actio pignoratitia directa* oder der *actio pignoratitia contraria* des Gegners unterliegt⁹⁾ und nach beiden Richtungen möglicher Weise zu seiner Sicherheit wegen der für den Vertretenen übernommenen Verbindlichkeiten die entsprechenden Nageredite, insbesondere im Fall eines für den

³⁾ l. 7 C. si quis alteri vel sibi (4. 50). — ⁴⁾ l. 49 §. 1 D. de possess. (41. 2). — ⁵⁾ l. 8 §. 10, l. 10 §. 6, l. 45 pr. §. 5 D. mand. (17. 1). — ⁶⁾ l. 11 §. 6. 7 D. de pigner. act. (13. 7). C. Z. 384, 401 ff. — ⁷⁾ C. §. 385 not. 13. — ⁸⁾ l. 11 §. 7 D. cit. . . . Sed si procurator meus . . . rem pignori cederit, ipse agere pignoratitia poterit. — cf. l. 2 C. per quas person. (4. 28). C. §. 428 ff. — ⁹⁾ l. 11 §. 6 D. cit. . . . et ideo ipsi (sc. tutor et procurator) actione pignoratitia conveniuntur.

Gläubiger abgeschlossenen Pfandrealscontractes neben der *actio pignoratitia contraria* auch die *actio hypothecaria*, welche für den Inhalt der persönlichen *actio pignoratitia contraria* dingliche Sicherheit verschafft¹⁰⁾, dringend nöthig haben, mithin dieselben nicht ohne sein Zuthun durch fingirte Cession in die Hände des Vertretenen als *utiles actiones* übertragen sehen mag.

Nach der in diesen Anwendungen bewährten Regel bedarf es erst des seltenen Eintritts solcher besonderer Umstände, welche den Procurator nach Art des Tutor durch *doli exceptio* gegen die Nachtheile der durch die zweiseitige Obligation ins Dasein gerufenen Verbindlichkeit schützen, um ausnahmsweise das durch dieselbe zweiseitige Obligation begründete Klagerecht gleich durch fingirte Cession auf den Vertretenen übergehen zu lassen.

Beispiele solcher besonderer Umstände werden uns indeß nicht bloß hinsichtlich zweiseitiger Contracte, sondern auch hinsichtlich des Pfandpactum in den Quellen mitgetheilt.

Hinsichtlich des Kaufcontractes erzählt Ulpian im 32. Buche zum Edict¹¹⁾:

Si procurator vendiderit et caverit emptori: quaeritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus lib. 3 Responsorum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.

Ulpian folgt hier einem Gutachten desselben Papinian, welcher in dem zuvor abgedruckten Bruchstücke dem Geschäftsherrn, für den der Procurator eine Sache gekauft hat, die auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* versagt. Papinian muß also besondere Gründe zu dem scheinbar widersprechenden Gutachten gehabt haben, welches dem Geschäftsherrn, für den der Procurator eine Sache verkauft hat, die auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* gewährt. In der That ist nicht unterlassen, diese besonderen Gründe anzuführen, obwohl dieselben meistens unbemerkt geblieben sind. Ulpian hebt bei dem zur Entscheidung stehenden Falle hervor, daß der Procurator nicht nur verkauft, sondern auch Cautio geleistet hat; Cautio nicht etwa, wie gewöhnlich angenommen wird¹²⁾, für die *friction*¹³⁾, oder für

¹⁰⁾ *U. C.* 402 not. 39. — — ¹¹⁾ *l.* 13 §. 25 *I. de act. E. V.* (19. 1). — cf. Mühlentr., *Cess.* *U.* 145 f. — Chambr., *neg. gest.* *U.* 181. — Buchta, *Stellvertret.* *U.* 53. — v. Savigny, *Obligationenr.* *Th.* 2 *U.* 64. — — ¹²⁾ v. Savigny, *Obligationenr.* *Th.* 2 *U.* 65. — — ¹³⁾ cf. *l.* 67 *D. de proc.* (3. 3). *fr. Vat.* *U.* 328. 332.

die Gewähr der Mängel und Eigenschaften des verkauften Gegenstands, sondern, wie aus den sonst bedeutungslosen Worten: *si modo rem vendendam mandavit* hervorgeht, für die Genehmigung des Geschäftsherrn. Diese in Fällen der Art zwar nicht vom Prätor gebotene, aber doch nicht selten frei verabredete Cautio¹⁴⁾ bewirkt, daß der Procurator, ohne daß das Contractsverhältniß sonst Aenderung erleidet, der aus demselben gegen ihn abzuleitenden Klage eine *exceptio doli* entgegensetzen und auf diese Weise den Gegner nöthigen kann, sich insofern lediglich an den Geschäftsherrn zu halten¹⁵⁾. Der Procurator tritt also durch die *cautio de rato* zu dem Gegner in ein Rechtsverhältniß, ähnlich dem des Tutor oder Curator¹⁶⁾, wenn nur der Geschäftsherr wirklich den Procurator zum Verkauf der Sache beauftragt hat (*si modo rem vendendam mandavit*); denn darüber, daß der Verkauf wirklich vom Geschäftsherrn vorgängig oder nachträglich genehmigt worden sei, hat allerdings der Procurator dem Käufer Gewißheit zu verschaffen, und zur Erfüllung dieser Verpflichtung oder zur Prästation des vollen Interesse kann er durch die Klage aus der Cautio sofort angehalten werden¹⁷⁾. Weil aber, dafern wirklich Auftrag, oder — was gleich wirksam — Ratihabition ertheilt worden¹⁸⁾, nur der Geschäftsherr vermöge der *utilis actio ad exemplum institoriae actionis*¹⁹⁾ für die durch den Verkauf begründeten Verbindlichkeiten einzustehen hat, so schließt Papinian und mit ihm Ulpian, daß umgekehrt auch dem Geschäftsherrn mit Ausschluß des Procurator das durch den Verkauf auf Seiten des Verkäufers begründete Klagerecht zufallen, mit anderen Worten, daß dem Geschäftsherrn die *ex vendito actio*, oder — wie Ulpian mit einer auch sonst wohl vorkommenden Verwechslung²⁰⁾ schreibt — die *ex emto*

¹⁴⁾ I. 10 D. rat. rem hab. (46. 8): *Interdum ex conventionem stipulatio ratam rem interponi solet, ut puta si quid procurator aut vendat, aut locet aut si ei solvatur cett.* — cf. I. 11, I. 12 pr. D. eod., I. 15 pr. D. ad Scit. Vellej. (16. 1). — — ¹⁵⁾ I. 22 pr. §. 1, I. 25 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — ¹⁶⁾ S. S. 392 not. 51—55. — — ¹⁷⁾ I. 16 pr. D. rem ratam hab. (46. 8), worüber vergl. Erlleben, die *condict. causa data caus. n. s.* S. 196 not. 14. — — ¹⁸⁾ I. 66 §. 3 D. de evict. (21. 2), I. 7 §. 1 C. quod cum eo (4. 26), I. 7 pr. D. de instit. act. (14. 3), cf. Cujac. ad lib. 28 Quaest. Papin. (opp. IV, p. 705 sq.). — — ¹⁹⁾ I. 10 §. 5 D. mand. (17. 1), I. 16, I. 19 D. de institor. act. (14. 3), I. 5 C. de instit. vel exercit. act. (4. 25), I. 31 pr. D. de neg. gest. (3. 5). — — ²⁰⁾ I. un. C. si serv. extero se emi mand. (1. 36), I. 66 §. 2 D. de evict. (21. 2), cf. Cujac. ad lib. 28 Quaest. Papin. (opp. IV, p. 704). — I. 19 D. de act. E. V. (19. 1): *Veteres in emtione venditioneque appellationibus promiscue utebantur.* — cf. Schulting, not. ad Dig. tit. 3 pag. 486. — Bessier, Pand. Justin. ad lib. 19 tit. 1 nr. III (tom. I, p. 516), Basil. XI, 1 c. 72 fin. und Schef. 9 (Heimb. I, p. 651. 654).

actio mittelst fingirter Cession als utilis actio zustehen müsse.

Durch diesen Schluß bewähren Papinian und Ulpian unser Princip; denn nach diesem Principe war in der That dem Vertreter, welcher mit der durch die cautio de rato erlangten Befreiung von der Verbindlichkeit aus dem Verkaufe aufgehört hatte, an dem Vorbehalte rechtlich interessirt zu sein, die actio ex vendito zu nehmen und als utilis actio auf den Vertretenen durch fingirte Cession zu übertragen.

Dasselbe Princip wendet Ulpian im 73. Buche zum Edict auf das Pfandpactum an, indem er schreibt²¹⁾:

Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante: quasi inter me et colonum meum convenisse videtur.

Da nicht der Verpächter den Pächter, wohl aber der Pächter den Verpächter sicher zu stellen pflegt, so hat man diese Worte gewiß nicht mit der Glosse, Donell²²⁾ und Büchel²³⁾ von einem durch den Vertreter des Verpächters dem Pächter, sondern von einem dem Vertreter des Verpächters durch den Pächter bestellten Pfandrechte zu verstehen und dieses ausdrücklich verabredete Pfandrecht nach Sinteris Vorgange²⁴⁾ mit dem stillschweigenden Pfandrechte in Verbindung zu bringen, welches jedem Verpächter an den Früchten des Pächters ohne Weiteres zusteht²⁵⁾, dessenungeachtet indeß gleich anderen stillschweigenden Pfandrechten²⁶⁾ von den Römern überdies ausdrücklich bedungen zu werden pflegt²⁷⁾, um etwa diese oder jene Modification beizufügen²⁸⁾; denn daß der Verpächter den Pachtvertrag vorher in Person mit dem Pächter abgeschlossen und ein stillschweigendes Pfandrecht bereits erworben hatte, als der Procurator — unter welchem hier so-

²¹⁾ l. 21 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1). — S. S. 10 not. 35. — Mühlenbr., Cession S. 108 not. 222. — Glück, Comment. Bd. 18 S. 309. — Dernburg, Pfandr. Th. 1 S. 205 f. — Bachofen, Pfandr. Th. 1 S. 17. — ²²⁾ Tractat. de pign. VII, 5 (opp. ed. Bucher XV, p. 474 sq.). — ²³⁾ Natur des Pfandrechts, Aufl. 1, S. 69 f. — ²⁴⁾ Pfandrecht S. 224 not. 1. — ²⁵⁾ l. 7 pr. D. in quib. caus. pign. (20. 2). — ²⁶⁾ l. 10 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. un. C. rem alien. ger. (4. 53) in Verbindung mit l. 21 pr. D. qui potior. (20. 4). — Huschke in Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. 20 S. 158 f. not. 1. — ²⁷⁾ l. 61 §. 8 D. de fart. (47. 2), Schol. 14. 16 zu Basil. LX, 12 c. 61 §. 8 (Heimp. V, p. 515). — ²⁸⁾ Unterschiede zwischen dem ausdrücklichen und stillschweigenden Pfandrecht finden auch an sich schon Statt. — l. 9 D. in quib. caus. pign. (20. 2).

wohl der mit, als der ohne Auftrag handelnde Vertreter gemeint ist²⁹⁾ — Verabredungen darüber traf, geht daraus hervor, daß der Colon als ein dem Vertretenen unmittelbar obligirter Pächter bezeichnet wird (*colonus meus*). Mußte aber das stillschweigende Pfandpactum bewirken, daß der spätere Erwerb von Pfandbesitz den Pfandrealecontract unmittelbar zwischen dem Verpächter und dem Pächter zu Stande brachte³⁰⁾, und daß nicht der Procurator, welcher neben dem stillschweigenden Pfandpactum des Verpächters stellvertretungsweise ein ausdrückliches Pfandpactum mit dem Pächter abgeschlossen hatte, sondern unmittelbar und ausschließlich der Verpächter selbst mit den aus dem Pfandrealecontracte abfolgenden Verpflichtungen belastet und der *actio pignoratitia directa* des Pächters unterworfen wurde: so fehlte dem Procurator, sofern der Verpächter wirklich durch Auftrag oder Genehmigung die ausdrücklichen Verabredungen des Procurator, welche vielleicht zum Nachtheil des Verpächters die Rechte aus der stillschweigenden Verpfändung ermäßigten³¹⁾, gutgeheißen und sich angeeignet hatte, rechtlich jegliches Interesse, die durch das Pfandpactum direct erlangte *hypothecaria actio* auch dem Inhalte nach sich vorzubehalten. Ulpian entscheidet demgemäß, daß die Klage ohne Weiteres, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* dem Verpächter zu Theil werde, oder, wie er sich auszudrücken beliebt, daß der Verpächter so zu betrachten sei, als ob er selbst mit dem Pächter das ausdrückliche Pfandpactum abgeschlossen hätte, mithin selbst Herr des Klagerrechts geworden wäre (*quasi inter me et colonum meum convenisse videatur*).

Nach dieser Erklärung haben wir abermals eine Bewährung unseres Princips, eine Hinweisung auf den Schlüssel, welcher die scheinbaren Widersprüche zwischen den zuletzt und den früher erörterten Entscheidungen Ulpians und Papinians befriedigend löst.

Dieser Schlüssel ist auch dadurch nicht unbrauchbar geworden, daß er zur Erleichterung des Rechtsverkehrs hinsichtlich der hypothekarischen Klage durch Justinian regelwidrig eine kleine Erweiterung erhalten hat, auf welche bereits in den Basiliken bei der Wiedergabe des zuletzt besprochenen Ulpian'schen Bruchstücks Rücksicht genommen zu sein scheint, indem gesagt ist³²⁾:

²⁹⁾ l. 13 §. 12 D. de her. pet. (5. 3), l. 8 §. 6 D. de liber. leg. (34. 3), l. 58 pr. D. de solut. (46. 3), l. 22, l. 25 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 3 §. 2 D. jud. solv. (46. 7), Gaj. IV, 84. — l. 24 D. de neg. gest. (3. 5). — ³⁰⁾ l. 11 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7), l. 34 D. de damno inf. (39. 2). — ³¹⁾ cf. l. 4, l. 5 D. de pignor. act. (13. 7), l. 3 §. 1 C. de jure dom. impetr. (8. 34). — ³²⁾ Basil. XXV, 2 c. 21 (Heimb. III, p. 71): Procurator meus de hypotheca utiliter paciscitur, praecedente mandato vel me, quod actum est, ratum habente.

Ὁ προκουράτωρ μου περὶ τῆς ὑποθήκης ἰσχυρῶς συμφωνεῖ ἡγουμένης ἐντολῆς ἢ τῇν πράξιν ἐμοῦ ὑποδεξαμένου.

Denn schwerlich ist in diesen Worten jede Beziehung des vom Procurator verabredeten Pfandrechts auf ein im Vertretenen bereits stillschweigend vorhandenes Pfandrecht aus einem anderen Grunde übergangen, als weil Justinian inzwischen den weiter reichenden Satz sanctionirt hatte, daß der Vertretene aus jedem Vertrage des Procurator, welcher für eine Forderung des Vertretenen ein Pfandrecht begründet, durch fingirte Cession die utilis hypothecaria actio suo nomine bekommt.

Dieser singuläre Satz ist in folgender Constitution niedergelegt³³⁾:

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei, cujus nomine pecunia credita est, per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus eorum, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur: talem differentiam expellentes sancimus, et conductionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem; quare quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? — Dat. Cal. Novembr. Lampadio et Oreste V. V. C. C. Coss. — 530.

Wenn der Vertretene, sei es durch Handlungen des im Namen des Vertretenen Geld ausleihenden Procurator, sei es durch eigne Handlungen³⁴⁾ eine Forderung direct erworben hat und der Procurator für solche Forderung ein Pfandrecht bedingt: so soll die Pfandklage nicht mehr wie früher der Cession bedürfen, um auf den Vertretenen überzugehen, sondern mit Rücksicht auf die erzwingbare Cessionspflicht des Procurator gleich durch fingirte Cession an den

³³⁾ l. 2 C. per quas person. (4. 27), cf. Basil. XVI, 9 c. 15 u. Schol. 20. 21 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 130 sq.). — — ³⁴⁾ Schol. Nomo-
phylac. ad Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59): Πολλῶ ὄν
μᾶλλον, ἐν ἐμοῦ δανείσαντος ὁ προκουράτωρ μου συμφωνήσῃ μετὰ τοῦ
χρεώστου μου ὑποκρίσθαι μοι τὰ ἐκείνου. — Multo magis igitur, si cum
ego mutuum pecuniam darem, procurator meus cum debitore meo pa-
ctus sit, ut ejus res mihi pignori obligatae essent.

Vertretenen gelangen. Der bisherige Unterschied zwischen der *condictio* einerseits und der Pfandklage andererseits hört insofern auf, als beide fortan beziehungsweise *ipso jure* und *sine aliqua cessione* dem *dominus contractus* zu Theil werden. Denn wie für den Vertretenen von Anfang an bei der persönlichen Klage die Cession überflüssig, ja unthunlich erscheint, so soll der Vertretene auch bei Unterpfändern und Hypotheken auf ähnliche (nicht auf gleiche) Weise die Pfandklage haben, nämlich als *utilis actio suo nomine* ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, oder nach dem Ausdruck der Basiliken, ohne die Cession erwarten zu müssen³⁵⁾.

Nach dieser getreuen Umschreibung der Constitution hat Justinian nichts anderes beabsichtigt, als die Bejahung der — wie es scheint — schon unter den classischen Juristen angeregten Frage³⁶⁾, ob der Procurator an dem Vorbehalte der hypothekarischen Klage aus dem für eine Forderung des Vertretenen bedungenen Pfandrechte nicht zu wenig rechtliches Interesse habe³⁷⁾, als daß nicht dem Vertretenen aus Rücksicht für die dadurch bewirkte Verkehrserleichterung auch ohne Cession eine *utilis actio* bewilligt werden dürfe. Die neue Rechtsbildung ist deshalb zwar eine Abweichung von der bis dahin unverbrüchlich festgehaltenen Strenge des Princips, allein weit entfernt, den von angesehenen Interpreten³⁸⁾ in verschwenderischer Fülle auf sie gehäuften Tadel zu verdienen, vielmehr als eine glückliche Entfaltung vorhandener Keime und Anlagen vom vorgeschrittenen practischen Bedürfniß willkommen zu heißen, sofern nur einige zum Theil durch ungenaue Wahl des Ausdrucks von Justinian selbst veranlaßte Mißverständnisse vermieden werden.

Es ist nämlich zunächst schon die Wendung: *cessio supervacua videbatur* in Beziehung auf die *condictio* allerdings unpassend, jedoch sehr leicht daraus zu erklären, daß sie in Gedanken zugleich und vornehmlich auf die Pfandklage bezogen wurde, welche fortan „in ähnlicher Weise“, wie die *condictio*, ohne Cession auf den *dominus* übergehen sollte und die Cession nur überflüssig, nicht unthunlich erscheinen ließ³⁹⁾. Die Ungenauigkeit, oder — wenn man will —

³⁵⁾ Basil. XVI, 9 c. 15 (suppl. ed. Zach. de Lingoth. p. 131), *Ἐχελ.* 20 zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8 (Heimb. II, p. 600). — — ³⁶⁾ l. 73 D. ad ScT. Trebell. (36. 1) — *aliqua dubitatio exorta est* — in Verbindung mit *Ἐχελ.* 11 Abs. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59) .. *τὰν τὸ παλαιὸν ἡμυριβάλλετο* — licet olim dubitaretur. — *Ἐ.* §. 47. — —

³⁷⁾ *Ἐ.* §. 402, 424 f. — — ³⁸⁾ Donell. ad l. 2 C. per quas person. nr. 3. — Mühlenbr., *Cession* *Ἐ.* 108. — Buchta, *Stellvertr.* *Ἐ.* 86. — Chambr., *neg. gest.* *Ἐ.* 178. — — ³⁹⁾ Der Basilikenscholiast Euanthiphanes [*Ἐχελ.* 11 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59)] übersetzt daher: *προσπορεύεται μοι καὶ χωρὶς ἐκχωρήσεως ὁ δανειαὸς ἢ ἡ Σεβιάνη*, d. h. so wird

Unrichtigkeit des Ausdrucks ist wohl zu entschuldigen, da Justinian im Eingange der Constitution den direct für den Vertretenen von Statten gehenden Erwerb der *condictio* klar und entschieden hervorgehoben hatte und füglich vertrauen durfte, hinsichtlich dieser Klage für den späteren Theil der Constitution jedem Mißverständniß vorgebeugt zu haben.

Sodann könnte auch der Ausdruck: *ipso jure*, welcher nicht ausdrücklich mit Ausschluß der Pfandklage auf die *condictio* allein bezogen ist, irreleiten, wenn nicht in der unmittelbar vorhergeschickten Constitution der Grundsatz bestimmt ausgesprochen wäre⁴⁰⁾:

Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subjecta, nihil acquiri posse, indubitati juris est.

Ohne schreienden Widerspruch mit dieser an die Spitze des Titels gestellten Regel kann der Ausdruck: *ipso jure* auf keinen Fall einen direct für den Vertretenen begründeten Erwerb der Pfandklage bezeichnen, muß vielmehr selbstverständlich allein auf die *condictio*, wie die folgenden Worte: *sine aliqua cessione* allein auf die Pfandklage bezogen werden.

Endlich mag man selbst darin einen Mangel erblicken, daß Justinian hinsichtlich der Pfandklage nur bestimmt: sie solle „ohne Cession“ (*sine aliqua cessione*) und „auf ähnliche Weise“ (*simili modo*), wie die *condictio*, dem Vertretenen zu Theil werden, ohne hinzuzufügen, sie solle, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* übergehen. Gleichwohl durfte Justinian, nachdem er die frühere Unerlässlichkeit und Erzwingbarkeit wirklicher Cession hervorgehoben hatte, auch bei seiner Ausdrucksweise voraussetzen, daß man einen abgeleiteten Erwerb der Pfandklage als eingeführt erkennen werde, da der directe Erwerb den unentbehrlichen Zusammenhang des Rechtsverhältnisses mit der Person des Vertreters aufgehoben und namentlich

mir auch ohne Cession die *condictio* oder vielmehr (i) die Servianische Klage erworben. — — ⁴⁰⁾ l. 1 C. per quas pers. (4. 27), Basil. XVI, 9 c. 13 (Heimbach II, p. 209. — suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 130). — Nach den Basiliken behandelt der letzte Theil des Rescripts den Fall, daß der Procurator eines mit der *reivindicatio* angegriffenen Besitzers den Proceß verliert und den Streitgegenstand dem Kläger herausgibt, jedoch seinem Mandanten durch Stipulation das Recht bedingt, seinerseits gegen den zum Besitz der Sache gelangten Kläger demnächst mit einer neuen *reivindicatio* auftreten zu dürfen. Der auf diese Weise vom promissor geleistete Verzicht der *exceptio rei judicatae* ist ungünstig, weil der Stipulator nicht für sich, sondern für einen Andern stipulirt hat. — C. C. 375 not. 4. — Anders, aber weniger richtig erklärt die Stelle Mühlenbr., Cess. C. 41 not. 68. — Ueber den ersten Theil des Rescripts vergl. noch §. 5 J. per quas person. (2. 9), Pauli sent. rec. V, 2 c. 2. — l. 53 D. de acquir. rer. dom. (41. 1).

in Betreff des Pfandrealscontractes unüberwindliche Schwierigkeiten verursacht haben würde. Dazu kommt, daß die Compileren in der durch duplex interpretatio nach Art der Basiliken mit den Neuerungen Justinians in Uebereinstimmung zu bringenden l. 21 pr. D. de pignor. et hyp. (20. 1) die dem Vertretenen durch ein Pfandpactum des Procurators ohne Weiteres erworbene Pfandklage unverkennbar als utilis actio darstellten⁴¹⁾ und diese Darstellung nicht bloß durch die kleinen in l. 72 D. de procur. (3. 3) und l. 11 §. 6 D. de pignor. act. (13. 7) angebrachten Interpolationen⁴²⁾ wegen des auch auf den Erwerb von utiles actiones passenden Ausdrucks acquirere⁴³⁾ vor Widerspruch bewahren, sondern sogar durch die Bestimmung der interpolirten l. 11 §. 6 D. cit., daß der für den Vertretenen durch den Vertreter bewirkte Erwerb auf die hypothekarische Klage (pignoris obligatio) sich beschränke und der Pfandrealscontract nichtsdestoweniger in der Person des Vertreters entstehe, bestätigt. Denn das Entstehen des Pfandrealscontractes in der Person des Vertreters, vermöge dessen der Vertreter direct der actio pignoratitia directa unterliegen und mit der actio pignoratitia contraria versehen, der Vertretene dagegen höchstens der pignoratitia actio quasi institoria⁴⁴⁾ unterworfen sein soll, setzt unerläßlich voraus, daß der Besitzerwerb am pignus obligatum im Namen des Vertreters erfolgt und durch die Person des Vertreters hindurchgegangen sei⁴⁵⁾, was wieder unabwieslich erfordert, daß das Pfandpactum in der Person des Vertreters seinen Ursprung genommen habe, mithin die aus dem Pfandpactum abgeleitete Pfandklage dem Vertretenen nicht direct, sondern nur durch Uebertragung von der Person des Vertreters als utilis actio zu Theil geworden sein könne.

Nach diesen Erläuterungen ist — dünkt mich — die Meinung, Justinian habe die Pfandklage aus dem Pfandpactum dem Vertretenen direct gegeben und das spätere Verhältniß des Vertreters, wie des Vertretenen zum Pfandrealscontracte ungeordnet, ja in der That auch jeder Ordnung auf das Sprödeste widerstehend gelassen, ohne Anstand für irrig zu halten und statt dessen anzunehmen, es sei zwar die Pfandklage aus dem Pfandpactum des Vertreters, weil deren Ver-

⁴¹⁾ C. C. 426 f. — — ⁴²⁾ a. Interpretat. und Schol. Anonym. zu Basil. VIII, 2 c. 68 (Heimb. I, p. 307). — C. C. 375 not. 11. — b. Schol. 11 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59). C. C. 385 not. 13. — ⁴³⁾ cf. l. 9 §. 6 D. de iurejur. (12. 1). C. C. 44. — l. 4, l. 5 C. quando ex facto tutor. (5. 39). C. C. 396 not. 1. 3, C. C. 399 not. 19. — cf. l. 40 D. de solut. (46. 3). — — ⁴⁴⁾ l. 5 §. 15 D. de institor. act. (14. 3). — — ⁴⁵⁾ C. C. 386 ff.

behalt dem Vertreter nur selten, und auch dann nur in geringem Grade, von rechtlichem Interesse zu sein pflegt, zufolge fingirter Cession *ope exceptionis* dem Vertreter versagt und *utiliter* dem Vertretenen bewilligt, aber die *actio pignoratitia contraria* aus dem Pfandrealecontracte des Vertreters, an deren Vorbehalte derselbe eben deshalb, weil er neben dem Vertretenen der *actio pignoratitia directa* des Verpfänders unterworfen ist, rechtlich ein ungleich höheres Interesse hat, dem Vertreter bis zur wirklichen Cession derselben belassen worden. Unter dieser Voraussetzung ist die Justinianische Anordnung eine durch das practische Bedürfniß vollkommen gerechtfertigte Ausnahme, welche die Regel des gemeinen Rechts eher zu befestigen, als zu widerlegen geeignet ist, und — wie kaum bemerkt zu werden braucht — der fortwährenden Geltung folgenden Rescripts:

Impp. Diocletian. et Maxim. A. A. et C. C. Heroidi ⁴⁶⁾.

Et si frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quaerere non potuit. — Dat. 3 Jd. Maj. Hadrianopoli A. A. Coss.

nach keiner Richtung Abbruch thut; denn während Justinian zu dem durch fingirte Cession vermittelten Uebergange der Pfandflage vom Vertreter auf den Vertretenen ein in offener Stellvertretung abgeschlossenes Pfandpactum und eine Darlehnsforderung des Vertretenen erfordert, hat der Bruder der Herois gerade umgekehrt das Geld im eignen Namen verborgt, mithin die *condictio ex mutuo* ⁴⁷⁾ oder, da fremdes Geld gegeben ist, nach dessen Verzehrung oder Vermischung die *condictio sine causa* ⁴⁸⁾ — nicht der Herois, sondern sich selbst erworben ⁴⁹⁾ und beim Abschluß des Pfandpactum nicht als Stellvertreter der Herois, sondern lediglich für sich selbst gehandelt. Herois würde also ohne eine wirkliche Cession weder die von ihrem Bruder begründete *condictio*, noch die zu deren Sicherung dienende Pfandflage geltend zu machen im Stande sein ⁵⁰⁾, ganz abgesehen von der Frage, ob das eigentlich nur für eine *condictio ex mutuo* be-

⁴⁶⁾ l. 16 C. de pign. et hyp. (8. 14), Schol. 20 Abs. a. G. zu Basil. XXIII, 1 c. 9 §. 8 (Heimb. II, p. 600), Schol. 11 Abs. 3 zu Basil. XXV, 1 c. 11 §. 6. 7 (Heimb. III, p. 59). — — ⁴⁷⁾ l. 7 C. si cert. pet. (4. 2), l. 19 D. de liberat. leg. (34. 3). — — ⁴⁸⁾ l. 13 §. 1, l. 19 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1), l. 59 §. 2 D. de fidej. (46. 1), l. 24 §. 2 D. de O. et A. (44. 7), arg. l. 78 D. de solut. (46. 3). — Ueber den Begriff der Verzehrung (*consumtio*) s. l. 19 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1). — — ⁴⁹⁾ l. 43 D. mand. (17. 1). — — ⁵⁰⁾ l. 2 C. si cert. pet. (4. 2), l. 19 C. de distr. pign. (8. 28). — l. 19 D. de liberat. leg. (34. 3).

In welchen Fällen ist die Fiction der Cession u. 433
stellte Pfand auch hinsichtlich der *condictio sine causa* als bestellt
anzunehmen sei⁵¹⁾).

II. Der Procurator.

(Fortsetzung.)

c. Die vertragsähnlichen Obligationen

§. 41.

des Procurator anlangend, so erhält der Geschäftsherr, insoweit er
den Procurator zur wirklichen Cession der erworbenen Klagerechte
hätte zwingen können^{1a)}, durch fingirte Cession

1. aus der vom Vertreter erstrittenen *res judicata* schon nach
Vorjustinianeischem Rechte eine *utilis actio*, sofern das Mandat des
Vertreters und die davon abhängige Verpflichtung des Vertretenen
zur Anerkennung des vom Vertreter Geschehenen außer Zweifel und
daher die sonst erforderliche *cautio de rato* dem Vertreter erlassen
ist; denn unter diesen Umständen fehlt dem Vertreter in der Regel
jedes rechtliche Interesse, die *ex re domini* erworbene *actio judicati*
dem Inhalte nach sich vorzubehalten; während allerdings der aus der
cautio de rato verhaftete Vertreter, welcher vor der Genehmigung
des Geschäftsherrn die *actio rei judicatae* an denselben verlor, in
Gefahr sein würde, unbilligen Schaden zu erleiden. Oder wäre es
wohl zu rechtfertigen, den Procurator, welcher vom Proceßgegner aus
der *cautio de rato* belangt werden kann, die Genehmigung des Ge-
schäftsherrn zu erwirken oder das volle Interesse zu prästiren¹⁾, außer
Stand zu setzen, bis zur Genehmigung des Geschäftsherrn die durch
die Geschäftsführung erlangten Vortheile und Klagen in Händen zu
behalten? — Dem zur *cautio de rato* verpflichteten²⁾ *procurator*
absentis verbleibt deshalb die erstrittene *actio rei judicatae*
auch dem Inhalte nach³⁾. Dagegen ist schon früh dem *cognitor*⁴⁾
und später auch dem *procurator praesentis*⁵⁾ und *veluti*

⁵¹⁾ l. 56 §. 2 D. de fidejuss. (46. 1) und l. 41 D. de reb. cred. (12. 1).
vergl. Dernburg, Pfandr. Th. I §. 550.

^{1a)} l. 8 §. 5. 10, l. 43, l. 45 pr. §. 5, l. 59 pr. D. mand. (17. 1), l. 49
§. 2 D. de poss. (41. 2), l. 2 C. per quas person. (4. 27). — — ¹⁾ l. 16
D. rat. rem haberi (46. 8) in Verbindung mit l. 56 D. de jud. (5. 1),
l. 27 pr., l. 66 D. de procur. (3. 3), l. 1 C. quib. res judic. non noc.
(7. 56), l. 3 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — Ueber l. 16 D. rat. rem
hab. cit. vergl. Gröben, *condict. causa data causa non sec.* §. 196 not.
14. — — ²⁾ fr. Vat. §. 333. — Consult. vet. Icti c. 3. — cf. Paul. sent.
rec. I, 3 §. 6. — Theophil. III, 18 §. 4. — — ³⁾ fr. Vat. §. 317. 332. —
cf. l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — ⁴⁾ Gaj. IV, 97. — — ⁵⁾ §. 3
J. de satisdat. (4. 11), Theophil. h. l. — fr. Vat. §. 317.

praesentis⁶⁾ wegen Gewißheit der geschehenen und fortdauernden Beauftragung Befreiung von der cautio de rato zugestanden, ebendaher aber auch gerade dem cognitor⁷⁾ und dem procurator praesentis⁸⁾, wenn gleich dem Letzteren Anfangs nur causa cognita⁹⁾ und erst in der Folge sine ulla cunctatione¹⁰⁾, die eintretende actio rei judicatae durch fingirte Cession dem Inhalte nach entzogen und auf den Geschäftsherrn als utilis actio suo nomine übertragen; ich sage ausdrücklich als utilis actio suo nomine, weil Mühlenbruch¹¹⁾ die Klage alieno nomine concipirt denkt, dabei jedoch außer der Analogie aller übrigen auf fingirter Cession beruhenden utiles actiones insbesondere übersieht, daß der Geschäftsherr für die Betreibung seiner utilis actio judicati Procuratoren, ja den Vertreter selbst wieder zum Procurator ernennen kann¹²⁾, was ohne ein suo nomine zu verfolgendes Klagerecht unmöglich wäre¹³⁾.

Nur ausnahmsweise kann auch der procurator praesentis bei dem Vorbehalte der directa actio judicati rechtlich interessirt sein, soweit sie nämlich auf den Erfaß der vom Procurator aufgewendeten Proceßkosten gerichtet ist und vom Geschäftsherrn wegen Insolvenz kein Erfaß der Auslagen in Aussicht steht. Für diesen Fall heißt es dann aber auch sofort bei

Paulus lib. 1 Sententiarum¹⁴⁾:

Actoris procurator, non in rem suam datus, propter impensas, quas in litem fecit, potest desiderare, ut sibi ex iudicatione¹⁵⁾ satisfiat, si dominus litis solvendo non sit.

⁶⁾ l. 65 D. de proc. (3. 3), fr. Vat. §. 317. — l. un. C. de satisf. (2. 57). — — ⁷⁾ fr. Vat. §. 317. — Paul. sent. rec. I, 2 §. 4 — de cognitoribus. — l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12). — Daß dem Principal die actio judic. nicht direct zusteht, sondern als utilis actio suo nomine durch fingirte Cession gegeben wird, folgt daraus, daß die directa actio dem cognitor in rem suam vorbehalten ist, daß stets der Ausdruck datur im Gegensatz von competit gebraucht wird [cf. §. 1 J. de perpet. et temporal. act. (4. 12). — Schrader ad h. l.] und daß l. 28 D. de proc. (3. 3) ursprünglich vom cognitor gehandelt haben dürfte. — Bethmann-Hellw., Verf. S. 230 not. 143. — Kellner, Litisc. §. 41. — Becker, proc. Gensumt. S. 131. — — ⁸⁾ fr. Vat. §. 331. — l. 7 C. Th. de cognitor. (2. 12). — — ⁹⁾ fr. Vat. §. 331. — — ¹⁰⁾ l. 7 C. Th. de cognitor. (2. 12). — — ¹¹⁾ Geff. S. 55 f., 59 not. 10. — — ¹²⁾ l. 28 D. de procur. (3. 3). — Basil. VIII, 2 c. 28 mit Schöl. (Heimb. I, p. 365). — — ¹³⁾ l. 17 §. 20 D. de injur. (47. 10). S. S. 4 not. 24. 25. — — ¹⁴⁾ l. 30 D. de proc. (3. 3), Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 30 (Heimb. I, p. 366). — cf. l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12) . . Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine et factorum litis causa sumtuum. — l. 5 D. de procur. (3. 3). Ulp. — Item si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda. — — ¹⁵⁾ Die Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 30 cit. liest: ex iudicati actione.

Die sonst der *directa actio iudicati* des Procurators entgegenstehende *exceptio doli*¹⁶⁾ soll hiernach, soweit Ersatz von Proceßkosten gefordert wird, an der dagegen vom Procurator geltend gemachten Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn scheitern¹⁷⁾.

Im Justinianischen Rechte hat jeder Procurator ohne Unterschied und zwar — wie es scheint — auf Grund einer besonderen gesetzlichen Bestimmung¹⁸⁾, die erstrittene *actio iudicati* an den Vertretenen durch fingirte Cession als *utilis actio* verloren¹⁹⁾; ein *jus singulare* welches die Regel nicht beeinträchtigt.

2. In ähnlicher Weise, wie die vom Procurator erstrittene *actio rei iudicatae* wird auf den Geschäftsherrn ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* diejenige in *factum actio* übertragen, welche der Procurator dadurch erlangt, daß er für den Kläger entweder sei es außergerichtlich, sei es in jure, den Eid, daß das der Klage zum Grunde gelegte Verhältniß vorhanden sei, auschwört, oder in jure die Verweigerung des zugesprochenen Eides, daß das der Klage zum Grunde gelegte Rechtsverhältniß nicht vorhanden sei, entgegennimmt²⁰⁾. Ulpian bezeugt dieses, indem er schreibt, einmal

im 9. Buche zum Edict²¹⁾:

Sed interdum, licet suo nomine procurator experiatur, tamen de rato debet cavere, ut Pomponius lib. 24 scribit, utputa jusjurandum procuratori retulit, juravit absenti dari oportere: agit hoc iudicio suo nomine propter suum jusjurandum, neque enim haec actio domino competere potuit; sed debet de rato cavere.

sedann im 22. Buche zum Edict²²⁾:

Jusjurandum defensoris vel procuratoris, ei ab adversario delatum, prodesse exceptionemque domino parere, Julianus scribit²³⁾. Idem ergo dicendum erit, et si datus ad petendum procurator, reo deferente, juraverit dari mihi oportere; nam actionem mihi parit. Quae sententia habet rationem.

¹⁶⁾ l. 28 D. de procur. (3. 3). — — ¹⁷⁾ l. 15 D. de adim. et transfer. legat. (34. 4). — — ¹⁸⁾ Das Schol. Anonym. zu Basil. VIII, 2 c. 28 (Heimb. I, p. 365) sagt, die vom Procurator erstrittene *actio iudicati* werde als *utilis actio* dem dominus gegeben *παρά τοῦ νόμου* — ex lege. —

— ¹⁹⁾ l. 28 D. de procur. (3. 3), l. 86 D. de solut. (46. 3), l. 31 §. 2 D. solut. matrim. (24. 3), cf. l. un. §. 14 C. de rei axor. act. (5. 13). — Ueber das Recht des Vertretenen, in den vom Procurator angefangenen Proceßten Rechtsmittel zu verfolgen, s. l. 2 D. an per alium causae (49. 9), l. 9 C. de appell. (7. 62), l. 3 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — ²⁰⁾ l. 34 §. 6, l. 38 D. de jurejur. (12. 2), cf. Senec. controuv. lib. III, praefat. — — ²¹⁾ l. 39 §. 1 D. de proc. (3. 3). — — ²²⁾ l. 9 §. 6 D. de jurejur. (12. 2). — — ²³⁾ cf. l. 42 §. 2 D. de jurejur. (12. 2).

In der ersten Stelle wird sehr bestimmt anerkannt, daß der vom Procurator des Klägers dahin, daß der Beklagte dem Geschäftsherrn zahlen müsse, geschworene Eid die directe Klage für den Procurator begründe, gleichwohl aber der Procurator diese Klage nicht ohne *cautio de rato* anstellen dürfe. Kann nun die *cautio de rato* ihren Grund nur in der durch fingirte Cession dem Geschäftsherrn gegebenen *utilis actio* haben, in Folge deren eine *exceptio doli* die *directa actio* des Procurators wirkungslos macht, wenn der Geschäftsherr nicht unter Verzicht auf die *utilis actio* zur Geltendmachung der *directa actio* seine Zustimmung erklärt²⁴⁾: so ist dadurch schon der Sinn des zweiten Bruchstücks erläutert. Denn Ulpian, welcher hier durch einen gleichen Eid des klägerischen Procurators dem Geschäftsherrn die Klage erworben sein läßt (*actionem mihi parit*), kann dabei ohne Widerspruch gegen die allgemeinen Regeln der Stellvertretung, und selbst ohne Widerspruch gegen den unzweideutigen Inhalt seines eignen ersten Bruchstücks unmöglich an etwas anderes, als an eine auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* gedacht haben.

In der That löst denn auch eine alte Basilikenscholie: *ἡ τοῦ Παλαιοῦ ἐξηγήσις* den scheinbaren Widerspruch auf diesem nicht minder von der Glosse und der neueren Jurisprudenz²⁵⁾ gebilligten Wege vermöge der Worte²⁶⁾:

ὅτι ἡ διόρεκτα μὲν ἢ ἀπὸ τοῦ ὄρκου ἢ φάκτου ἐρμύζει τῷ ἐντολῇ ὁμόσαντι, οὐ τιλίως δὲ ἐρμύζει καὶ τῷ πρωτοτύπῳ.

Ob überdies in der zweiten Stelle ursprünglich vom *cognitor* die Rede gewesen sei, wie Mühlenbruch vermuthet²⁷⁾, mag dahin gestellt bleiben, da die Stelle in ihrer jetzigen Gestalt jedenfalls vom *procurator* verstanden werden muß, und es auch ohne jene Annahme consequent zu sein scheint, dem Vertreter — sofern nur dessen Vollmacht außer Zweifel ist — die durch den Eid gewonnene in *factum actio* zu Gunsten des Geschäftsherrn sofort durch fingirte Cession zu entziehen, weil der Vertreter an dem Vorbehalte der *actio* rechtlich keinerlei denkbare Interesse hat.

3. Endlich müssen in derselben Weise auch die Rechtsmittel aus einem vom Procurator des Klägers in *jure* entgegengenommenen Ge-

²⁴⁾ S. S. 403 f. — ²⁵⁾ Buchta, Stellvertret. §. 11 S. 99–103. —

²⁶⁾ Schol. 11 fin. zu Basil. XXII, 5 c. 9 §. 6 (Heimb. II, p. 536) . . *directam quidem vel ex jurejurando in factum actionem procuratori, qui juravit, competere, utilem autem etiam principali*. — Andere Erklärungen f. in Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 39 §. 1 (Heimb. I, p. 375) u. zu Basil. XXII, 5 c. 9 §. 6 (Heimb. II, p. 535 sq.). — ²⁷⁾ Cession §. 7 S. 60 ff.

ständnisse des Beklagten gleich durch fingirte Cession dem Principal zu Gebote gestellt worden sein, weil das Geständniß dem Procurator rechtsgültig soll abgelegt werden können²⁸⁾, und die *lex Rubria* die etwaigen Executionsanträge daraus ohne Weiteres dem Principal zu erheben erlaubt²⁹⁾, zugleich aber ein rechtliches Interesse, warum dieselben dem Procurator vorzubehalten wären, nicht erfundlich ist.

II. *Utiles actiones* des Vertretenen wegen aufgegebenen Interesses des Vertreters.

Wer als Stellvertreter eines Anderen durch Eingehung eines §. 45. Contracts ein Klagerecht begründet und den materiellen Gehalt des Klagerechts sich selbst vorzubehalten, an sich zwar rechtlich interessirt ist, jedoch sein Interesse aufgeben zu wollen erklärt, indem er — soweit dieses unbeschadet der Gültigkeit des Contracts geschehen kann — gleich bei Eingehung des Contracts anstatt seiner den Vertretenen als die zur Entgegennahme der bedungenen Leistung berechnigte Person bezeichnet, verschafft dem Vertretenen durch fingirte Cession eine *utilis actio*. Das ist der Satz, den wir nunmehr genauer darzulegen haben.

Wir gehen dabei vollkommen zu, daß eine Clausel der genannten Art nach dem Grundsatz, wonach jeder Contract, um überhaupt gültig zu sein, an die Person des Vertreters anzuknüpfen ist¹⁾, nicht bloß unter seiner Bedingung dem Vertretenen direct Klagerechte gewährt, sondern sogar in der Regel den ganzen Contract vernichtet gemäß dem allgemeinen Aussprüche²⁾:

Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Beachten wir indeß die Ursachen der Nichtigkeit, wie dieselben angegeben sind bei dem Verbalcontracte³⁾ dahin:

nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quaerere potuit actionem (sc. ex stipulatu).

und bei dem Consensualcontracte eben dahin⁴⁾:

emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti, dum quae tibi non vis, nec illi potes.

²⁸⁾ l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2). — — ²⁹⁾ *lex Rubr.* cap. 22.

¹⁾ §. 383 ff. — — ²⁾ l. 73 §. 4 D. de reg. jur. (50. 17). — —

³⁾ l. 26 C. de jure dot. (5. 12), cf. Basil. u. Schel. XXIX, 1 c. 113 (Heimb. III, p. 442 sq.). — — ⁴⁾ l. 6 C. si quis alteri vel sibi (4. 50).

so sind wir genöthigt, eine Ausnahme zu machen bei den Realcontracten.

Es läßt sich nämlich nicht wohl behaupten, daß dem Vertreter neben der Macht, dem Vertretenen ein Klagerecht zu verschaffen, auch der Wille, sich selbst ein solches zu begründen, gefehlt habe, wenn eine Veränderung der thatsächlichen Vermögenslage die causa des geschlossenen Contracts bildet, und nicht besondere Gründe, wie das Gedinge einer überhaupt erst nach des Vertreters Tode an den Vertretenen zu vollziehenden Rückgabe, das Gegentheil außer Zweifel stellen ⁵⁾. Denn wollte man ohne solche besondere Gründe von dem Vertreter, welcher zu irgend einem Zwecke dem Mitcontrahenten eine Sache übergibt und deren Rückgabe oder eine andere Gegenleistung an den Vertretenen bedingt, annehmen, daß er bei der Unmöglichkeit, dem Vertretenen ein Klagerecht zu erwerben, auch sich selbst von dem Erwerbe eines Klagerechts auszuschließen Willens gewesen sei, so würde man zugleich annehmen müssen, die zu vorübergehendem Zwecke erfolgte Tradition habe dauernd, oder die titulo oneroso geschehene Uebergabe habe titulo lucrativo, das Vermögen des Empfängers vermehren sollen, was in sich einen Widerspruch enthält und der Absicht des Gebers auf jeden Fall widerspricht. Man ist also durch die Natur der Sache gezwungen, die bei den Consensual- und Verbalcontracten ausnahmslos anwendbare Regel von der Ungültigkeit des ganzen auf die Person des Vertretenen gestellten Contracts unter den angegebenen Umständen bei den Realcontracten zu verlassen und hier ungeachtet solcher Fassung wenigstens dem Vertreter Klagerechte einzuräumen.

Steht aber einmal die Klagbarkeit des fraglichen Realcontracts für den Vertreter selbst fest, so ist man auch weiter zu gehen genöthigt nach der anderen Regel ⁶⁾:

In traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

So wenig es dem Parteiwillen entsprechen würde, den Empfänger von jeder gegen ihn zu richtenden Klage zu befreien, ebenso wenig liegt es ursprünglich im Willen der Contrahenten, das gegen den Empfänger zu richtende Klagerecht dem Vertreter zu Gute kommen zu lassen. Also kann man dem wirklichen Parteiwillen nur dadurch genug thun, daß man das Klagerecht zwar formell in der Person des Vertreters entstehen, aber dem Inhalte nach sofort dem Vertretenen zu-

⁵⁾ l. 59 §. 1 D. ad Sct. Trebell. (36. 1), l. 4 C. de pact. conv. (5. 14), l. 19 C. de jure dot. (5. 12), Basil. XXIX, 5 c. 34 u. Schol. XXIX, 1 c. 106 u. Schol. 2 (Heimb. III, p. 439. 481). C. C. 212 f. zu not. 127 ff. —
⁶⁾ l. 48 D. de pact. (2. 14).

fallen läßt, daß man mit anderen Worten dem Vertreter direct, den Vertretenen dagegen auf Grund fingirter Cession utiliter ein Klagerrecht aus dem Contracte beilegt.

Wirklich ist dieses Ergebniß als das sachgemäße von den Römern anerkannt worden. Sowohl hinsichtlich der benannten, als auch hinsichtlich der unbenannten Realcontracte spricht dafür eine Reihe von Quellenzeugnissen, die bisher gewöhnlich als willkürliche Besonderheiten oder sonst unrichtig aufgefaßt worden sind, gleichwohl aber bei genauerer Prüfung als durchaus beweistüchtig sich erproben werden.

Was

A. die benannten Realcontracte

betrifft, so kommt an erster Stelle folgendes vom commodatum und depositum handelnde Rescript in Betracht:

Impm. Diocletian. et Maxim. A. A. et C. C. Photino 7).

Si res tuas commodavit aut deposuit is, ejus in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei, qui deposuit, successisti, jure hereditario depositi actione uti non prohiberis. Si vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas pertinet: intelligis, nullum te ex ejus pacto, contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

Wenn A die in seinem Besitz befindlichen Sachen des Photinus einem Dritten geliehen oder in Aufbewahrung gegeben, zugleich aber die Rückgabe dem Photinus bedungen hat: so versteht es sich zuvörderst von selbst, daß Photinus die actio ad exhibendum oder die reivindicatio gegen den Inhaber anstellen kann⁸⁾. Sodann muß aber auch Photinus aus dem Hinterlegungscontracte, oder — wie zwar nicht ausdrücklich hinzugefügt, jedoch stillschweigend verstanden ist — aus dem Leihcontracte eine Contractsklage gegen den Depositar oder Commodatar erhalten haben, weil der Deponent oder Commodant die Restitution an Photinus sich hat versprochen lassen. Obgleich nämlich dieser Nebenvertrag dem Photinus nach strengem Recht oder direct keine Klage verschaffen kann, so thut er doch einerseits der Gültigkeit des in der Person des Deponenten und Commodanten durch Uebergabe begründeten Realcontractes keinen Eintrag, und beweiset andererseits, daß der Deponent oder Commodant den Realcontract als Ge-

7) l. 8 C. ad exhib. (3. 42). — 8) l. 4, l. 5 pr. D. ad exhib. (10. 4), l. 9 D. de reiv. (6. 1).

geschäftsführer des Photinus abgeschlossen hat und zu Gunsten des Photinus sein eignes Rechtsinteresse an dem Inhalte der betreffenden Contractsklage aufzugeben Willens gewesen ist. Photinus, welcher durch die *actio mandati* oder durch die *actio negotiorum gestorum*⁹⁾ Cession fordern kann, muß daher auch ohne Cession, als ob cedirt wäre, *utiliter* im eignen Namen die *depositi* oder *commodati actio* geltend zu machen im Stande sein.

Das ist der Sinn der Bestimmung, daß Photinus, wenn er den geschäftsführenden Deponenten oder Commodanten nach *civilem* oder *prätorischem* Recht beerbt habe, als Erbe oder Quasierbe dessen *directa depositi* oder *commodati actio* durchführen dürfe¹⁰⁾, weil er durch den Gebrauch der ererbten *directa actio* auf den Gebrauch der ihm kraft fingirter Cession gebührenden *utilis actio* verzichtet¹¹⁾; daß Photinus aber auch, wenn er weder nach *civilem*, noch nach *prätorischem* Rechte Erbe des Geschäftsführers geworden ist, eine *utilis depositi* oder *commodati actio* gegen den Depositar oder Commodatar habe, weil die Billigkeit dem Nebenvertrage eine dahin gehende Auslegung zu geben gebietet (*propter aequitatis rationem*).

Mit dieser klaren Entscheidung übereinstimmend heißt es weiter *rem depositum*:

Paulus lib. 2 Sententiar.¹²⁾

Si quis rem penes se positam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is, qui apud eum deposuit, utilem actionem depositi habere possunt.

Ulpianus lib. 30 ad Edict.¹³⁾

Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur? Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi; quam actionem mihi praestabis, mandati iudicio conventus.

Beide Bruchstücke erklären sich gegenseitig.

Paulus schreibt: Wenn der Depositar die bei ihm hinterlegte Sache weiter bei einem Dritten deponirt, so könne gegen diesen zweiten Depositar sowohl der zweite Deponent die *directa*, als der erste Deponent die *utilis depositi actio* haben. Gesagt ist nicht, daß so-

⁹⁾ l. 2, l. 21 §. 3 D. de neg. gest. (3 5). — — ¹⁰⁾ Schol. Enantiophan. zu Basil. XIII, 2 c. 16 (Heimb. II, p. 49): *κληρονομῶν μὲν αὐτοῦ διὰ τὴν ἔχω δέποιαι* — si heres ei extitero, *directam depositi actionem* habeo. — — ¹¹⁾ l. 40 D. solut. matr. (24. 3). — C. C. 410, 414 ff. — cf. l. 95 §. 2 D. de solut. (46. 3). — — ¹²⁾ Collat. leg. Mosaic. et Rom. X, 7. — Paul. sent. rec. II, 12 §. 8. — — ¹³⁾ l. 1 §. 11 D. depos. (16. 3).

wohl der zweite, als der erste Deponent die betreffende Klage wirklich habe, sondern nur, daß je nach Umständen Jeder von beiden dieselbe haben könne¹⁴⁾. Bedenken wir nun, daß hier nur von einem erfolgreichen Haben die Rede ist, daß aber beide Klagen nicht etwa neben einander wirksam sind, sondern die *directa actio* zurückstehen muß, soweit die *utilis actio* Platz greift¹⁵⁾: so fragt sich, unter welchen Umständen die *directa depositi actio* des zweiten, unter welchen die *utilis depositi actio* des ersten Deponenten zulässig sei?

Ulpian im zweiten Bruchstücke ertheilt hierauf folgende sachgemäße Antwort:

Der zweite Depositär unterliegt der *utilis actio* des ersten oder der *directa actio* des zweiten Deponenten, je nachdem er vom zweiten Deponenten als von einem Vertreter des ersten Deponenten zur Rückgabe an Letzteren, oder als von einem Vertreter seiner selbst (*suo nomine*) zur Rückgabe an ihn selbst die Sache in Aufbewahrung genommen hat. Denn wenn Ulpian mir oder dir die *depositi actio* gegen Titius einräumt, je nachdem Titius, dem du meine Sache zur Verwahrung überbringen solltest, von dir in meinem Namen oder von dir in deinem Namen (*tuo nomine*) die Sache empfangen hat: so kann diese Unterscheidung keinen anderen Sinn haben, als daß du, um mir die *depositi actio* zu verschaffen, als mein Vertreter für mich contrahirt oder mir die Rückgabe bedungen, dagegen, um sie dir selbst zu verschaffen, für dich selbst contrahirt oder dir selbst die Rückgabe ausgemacht haben mußt¹⁶⁾. Daß du auch im letzten Falle verpflichtet sein sollst, die erworbene *depositi actio* zu cediren¹⁷⁾, beweist um so mehr, daß die dir im ersten Falle ohne Cession zugesprochene Klage als eine auf fingirter Cession beruhende *utilis actio* aufzufassen ist, welche mir zusteht, weil du durch den der Uebergabe beigefügten Nebenvertrag unverkennbar erklärt hast, als mein Geschäftsführer auf den Inhalt des erworbenen Klagerichts zu meinen Gunsten verzichten zu wollen.

Wenn desungeachtet fast alle neueren Erklärer in der dem Vertretenen eingeräumten Klage die *directa depositi actio* sehen¹⁸⁾,

¹⁴⁾ l. 4 C. quando ex facto tut. (5. 39). — E. E. 399 ff. — — ¹⁵⁾ l. 16 D. de pact. (2. 14), l. 28 D. de procur. (3. 3). — — ¹⁶⁾ cf. l. 67 §. 1 D. pro soc. (17. 2), l. 1—1. 6 C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit (4. 50), l. 8 C. depos. (4. 34), l. 1 §. 15 D. ut legator. (36. 3). — — ¹⁷⁾ cf. l. 16 D. depos. (16. 3). — Cujac. ad African. (opp. I, p. 1392 sq.). — Basil. XIII, 2 c. 40 u. Schel. 1 (Heimb. II, p. 60), Schol. Enantiophan. zu Basil. XIII, 2 c. 16 (Heimb. II, p. 48 sq.). — — ¹⁸⁾ v. Savigny, Obligationenr. Th. 2 §. 64 ff. — Mühlensbruch, Cess. §. 110. — Chambrun, negot. gest. §. 175 ff. — Buchta, Stellvertret. §. 7 not. 13. — Unterholzner, Schuldverh. Th. 1 §. 94 not. e. — Jhering in Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 §. 283.

indem sie den in des Vertretenen Namen abgeschlossenen Realcontract durch den Vertreter als einen Voten des Vertretenen abgeschlossen sein lassen, so scheint dazu nicht zu passen, daß dem Vertretenen neben der *depositi actio* gegen den Depositar auch eine *mandati actio* gegen den Vertreter gegeben wird; denn gerade in dem bei der *depositi actio* voranzusetzenden Falle, daß der Vertreter den als Vote empfangenen Auftrag ausgerichtet hat, würde der *mandati actio* Zweck und Gegenstand fehlen. Das Ebenmaaß beider Sätze verlangt vielmehr wie in der letzten Alternative, so auch in der ersteren als Zweck und Gegenstand der *mandati actio* die Cession einer dem Mandatar gegen den Depositar zustehenden Klage, was dann abermals die ohne Cession dem Mandanten gegebene *depositi actio* als eine auf singulärer Cession beruhende *utilis actio* darstellt.

Eine gewichtige Unterstützung findet unsere Erklärung überdies in einem Rescripte des Kaisers Philippus an die Syrenia, worin die Wirkung der gerichtlichen Deposition einer Geldschuld für den Gläubiger dahin beschrieben wird¹⁹⁾:

Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum (sc. pecuniarum) non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias.

Der Schuldner, welcher die dem Gläubiger vergeblich angebotene Zahlung auf Anweisung des Gerichts deponirt, schließt den Hinterlegungscontract als Vertreter des Gläubigers dergestalt, daß er dem Gläubiger die Rückgabe der deponirten Gelder ausbedingt. Folgeweise kann fortan der auf Zahlung belangte Schuldner den Gläubiger mit der Cession der *actio depositi* abfinden und nur, wenn er mit der Cession säumt, zur Zahlung von Zinsen fernerweit angehalten werden²⁰⁾; folgeweise kann aber auch der Gläubiger, welcher die durch die Deposition bethätigte Geschäftsführung des Schuldners genehmigt, mit der *actio negot. gestor.* geradezu auf Cession der *depositi actio* gegen den Schuldner klagen, ja sogar gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine *utilis depositi actio*, oder — wie Thalesläus sagt²¹⁾ — eine (*utilis*) *in factum actio* (*sc. ex deposito*²²⁾) gegen den Depositar anstellen²³⁾, weil der Schuldner als Deponent durch die dem

¹⁹⁾ l. 19 C. de usur. (4. 32), cf. Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727). — ²⁰⁾ l. 7 D. de usur. (22. 1) in Verbindung mit l. 7 pr. D. de condict. e. d. c. n. s. (12. 4), l. 51 D. de pecul. (15. 1), l. 73 D. de condict. et demonstr. (35. 1). — cf. Petri exc. II, 31. 60. — ²¹⁾ Schel. 3 zu Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727). — ²²⁾ cf. Gaj. IV, 47. 60. ²³⁾ cf. Abf. 2 in Schol. 3 zu Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727). — Auch v. Savigny im Obligationenr. Th. 2 §. 163 erkennt an, daß der Gläubiger das Geld abfordere, so als wenn er selbst es deponirt hätte.

Gläubiger ausbedungene Rückgabe sein Rechtsinteresse an dem Inhalte der *depositi actio* zu Gunsten des Schuldners ausgeben zu wollen erklärt hat.

Nach dem bisher Erörterten enthält diese Entscheidung durchaus nichts Auffälliges. Auffälliger ist die weitere Bestimmung, daß durch fingirte Cession nicht nur die *depositi actio*, sondern auch die in rem *actio* des Schuldners als *utilis actio* auf den Gläubiger übergegangen und der Letztere im Stande sein soll, die Geldstücke selbst (*contra ipsas pecunias*) — sofern sie in specie existiren — sowohl gegen den Depositär, als gegen jeden Dritten dinglich zu verfolgen ²⁴⁾. Allein wenn die Deposition ihren Zweck der Schuldbefreiung ²⁵⁾, der Unterbrechung des Zinselaufs ²⁶⁾ und der Aufhebung des Pfandrechts ²⁷⁾ wirklich erfüllen soll, so darf dem Schuldner keinerlei Rechtsanspruch an den deponirten Geldern vorbehalten bleiben. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, außer der *depositi actio* auch die in rem *actio* durch fingirte Cession dem Gläubiger übertragen zu denken.

Diese Uebertragung ist indeß noch in der Schwebe, weil der Schuldner, welcher bei der Deposition nicht als Beauftragter, sondern nur als *negotiorum gestor* des Gläubigers handelt, durch die Nebenbedingung, die deponirten Gelder dem Gläubiger zu restituiren, diesem eine *utilis actio* zwar zu Gebote stellt, selbst aber an der Ausübung der in eigner Person begründeten *directa actio* nicht eher behindert ist, bis der Gläubiger durch Genehmigung der Geschäftsführung die zu Gebote gestellte *utilis actio* rückwärts sich angeeignet und diese Aneignung dem Depositär auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben hat. Erst von diesem Augenblicke an ist der Depositär bei Vermeidung doppelter Zahlung ²⁸⁾ verpflichtet, den utiliter berechtigten QuasiceSSIONAR als seinen ausschließlichen Gläubiger zu betrachten und der directen Klage des Quasicebenten eine *doli exceptio* entgegenzusetzen ²⁹⁾. Bis zu jenem Augenblicke kann aber ebendeshalb auch der Quasicebent selbst noch die hinterlegten Gelder zurücknehmen und durch die Zurücknahme alle Folgen der Deposition hinsichtlich des Depositärs, wie hinsichtlich seines eignen Schuldverhältnisses zum Gläubiger wieder aufheben ³⁰⁾. Fallen doch selbst die dem Pfandgläubiger durch Depo-

²⁴⁾ Schol. 4 zu Basil. XXIII, 3 c. 67 (Heimb. II, p. 727). — — ²⁵⁾ l. 9 C. de solut. (8. 43), l. 19 C. de usur. (4. 32). — — ²⁶⁾ l. 6, l. 9, l. 11, l. 19 C. de usur. (4. 32), l. 7 D. cod. (22. 1), l. 11 §. 1 D. eod. — Petri exc. II, 31. 60. — — ²⁷⁾ l. 19 C. de usur. (4. 32), l. 8 C. de distr. pign. (8. 28), l. 2 C. debitor. vendit. pign. (8. 29), l. 10, l. 12 C. de pignorat. act. (4. 24). — l. 3 C. de luit. pign. (8. 31). — Petri exc. II, 31. — — ²⁸⁾ l. 28 D. de procur. (3. 3). — — ²⁹⁾ l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). — — ³⁰⁾ l. 8 C. de distr. pign. (8. 28) . . verb. — et hodie quoque in eadem causa permanet. — cf. Petri exc. II, 60.

sition der dem anderen Pfandgläubiger vergeblich angebotenen Auskaufsumme kraft fingirter Cession erworbenen utiles actiones ohne Weiteres an den ausgetretenen Pfandgläubiger zurück, sobald der anbietende Pfandgläubiger die deponirten Gelder wieder an sich zieht³¹⁾. Das Rescript giebt daher dem Gläubiger mit Recht utiles actiones nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner die deponirten Gelder inzwischen nicht zurückgenommen hat (nisi forte eas receperit).

Hinsichtlich des depositum und commodatum dürfen wir hienach unsere Beweisaufgabe als erfüllt betrachten³²⁾, und nur zum Schluß noch hinzufügen, daß sich nunmehr folgende Pandectenstelle von selbst erklärt:

Scaevola lib. 21 Digestorum³³⁾.

Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: Fidei autem heredum meorum committo, ut omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gajum Sejum et Lucium Titium (quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem, remotis aliis), ut hi restituant nepotibus meis, prout quisque eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione; vel si unus, ei omnem. Quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Sejo debeat? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, Lucium Titium item Gajum Sejum fideicommissum petere non posse.

Indem Mävia bestimmte, ihr gesamelter Nachlaß sei von ihren beiden zu Erben eingesetzten Söhnen bei Gajus Sejus und Lucius Titius dergestalt unverzinslich zu hinterlegen, daß ihn die Depositare demnächst an die beiden Enkel der Mävia und zwar an einen Jeden, sobald die Volljährigkeit erreicht worden, zur Hälfte, und falls Einer von beiden versterben sollte, an den Ueberlebenden ganz herauszugeben hätten: so setzte sie ohne Zweifel voraus, daß der Hinterlegungscontract, welchen die Erben unter dem Nebenvertrage der statt ihrer an die Enkel zu leistenden Restitution abschließen würden, nicht allein für die deponirenden Erben eine den Enkeln auf angestellte petitio fideicommissi zu cedirenden actio depositi begründen, sondern auch den Enkeln sofort ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis depositi actio verschaffen werde; denn erst unter dieser durch unsere

³¹⁾ l. 1 C. qui potior. (8. 18) . . nec in usus suos convertit. — S. 309 f. — ³²⁾ Auch nach der l. 6 C. de donat. int. V. et U. (5. 16) muß für die beschenkte Frau eine utilis depositi actio entstanden sein, wie dieses die Zitel. 9 zu Basil. XLVII, 1 c. 30 §. 3 (Heimb. IV, p. 577) bestätigt. S. S. 215 not. 140—145. — ³³⁾ l. 78 §. 1 D. ad Sct. Trebell. (36. 1).

früheren Erörterungen vollständig gerechtfertigten Voraussetzung erscheint die getroffene Anordnung ihrer leichten Ausführbarkeit halber besonders zweckmäßig. Auch haben ja die übrigen Betheiligten mit Einschluß des Juristen Scävola nach dem Tode der Mävia die Gültigkeit und Ausführbarkeit des durch den Hinterlegungscontract den Enkeln zugewandten Fideicommisses so wenig bezweifelt, daß lediglich die Frage, ob die zu Depositaren anzuersiehenden Gajus Sejus und Lucius Titius ebenfalls als Fideicommissare zu betrachten seien und demgemäß auf Abschließung des Hinterlegungscontracts ein Klagerecht hätten, aufzuwerfen für erforderlich erachtet ist. Scävola verneint diese Frage mit Recht, da Gajus Sejus und Lucius Titius wegen mangelnden eignen Interesses nur als Willensvollstrecker (*ministri*) behandelt werden dürfen³⁴⁾.

Gehen wir nun über zum *pignus*, als dem letzten der hierher gehörigen benannten Realcontracte, so ist zuver zu bemerken, daß die Erklärung des Vertreters, zu Gunsten des Vertretenen sein Interesse an der begründeten *directa actio* aufgeben zu wollen, auch Beschränkungen unterworfen sein kann. So macht derjenige Schuldner, welcher die schuldige Zahlung gerichtlich deponirt, den Verzicht seines directen Klagerechts davon abhängig, daß der Gläubiger die übertragene *utilis actio* durch *ratihabition* rückwärts sich aneignet; ebenso verknüpfen die Erben der Mävia in der zuletzt erörterten Stelle dem Willen der Erblasserin gemäß den Verzicht der directen *depositi actio* mit der Bedingung, daß die minderjährigen Enkel der Erblasserin beide oder wenigstens einer von beiden das Alter der Volljährigkeit erreichen. In dergleichen Fällen vermag also je nach Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung entweder der Vertreter oder der Vertretene wirksam zu klagen.

Wendet man diese Grundsätze an auf das Verhältniß des Pfandgläubigers, welcher das erhaltene Pfand in Austerpfand giebt, so erwirbt der Austerverpfänder gegen den Austerpfandgläubiger die *actio pignoratitia directa*, die mit Erfolg angestellt werden kann, sobald der Austerpfandgläubiger wegen seiner Forderung bezahlt (*si solutum est*) oder sonst befriedigt ist (*si satisfactum est*) oder hinsichtlich seiner Nichtbezahlung oder Nichtbefriedigung in eigener Schuld sich befindet (*si per eum stat, quominus solvatur satisve fiat*³⁵⁾). Als die wichtigste Art der *satisfactio* kommt namentlich in Betracht die vom verpfändeten Schuldner dem ersten Pfandgläubiger in Person

³⁴⁾ cf. l. 108 §. 12 D. de legat. I (30), l. 17 pr. D. de legat. II (31), l. 88 §. 1 D. eod., l. 42 D. de legat. III (32), l. 12 §. 4 D. de religiosis. (11. 7). — cf. Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 4 Z. 137 not. 40. — ³⁵⁾ Z. 76 f.

oder vertreten vom zweiten Pfandgläubiger geleistete Zahlung der ersten Pfandschuld³⁶⁾, indem der Afterspandgläubiger an den durch die Zahlung ins Eigenthum des Afterspfänders übergegangenen Gegenständen Pfandrecht erwirbt und durch dieses neue Pfandrecht für den Verlust seines bisherigen Pfandrechts am *nomen* und seines Afterspandrechts an den dem Afterspfänder verpfändet gewesenen Sachen des ersten Verpfänders entschädigt wird.

Der Afterspfänder, welcher auf Grund solcher *satisfactio* die *actio pignoratitia directa* auf Rückgabe des Afterspandes gegen den Afterspandgläubiger zu erheben vermag, ist zum mindesten verpflichtet, diese Klage dem nach Zahlung seiner Schuld auch seinerseits zur Anstellung der *actio pignoratitia directa* auf Rückgabe des Pfandes gegen den Afterspfänder befähigten ersten Verpfänder zu cediren³⁷⁾, kann aber auch die Weiterungen wirklicher Cession gleich dadurch vermeiden, daß er sofort beim Abschluß des Afterspandrealcontracts für den Fall der vom ersten Verpfänder durch Zahlung der ersten Pfandschuld hinsichtlich der Afterspandschuld geleisteten *satisfactio* den ersten Verpfänder statt seiner als die zur Zurücknahme der Afterspandstücke berechnete Person bezeichnet; eine Bezeichnung, die nach der Natur der Dinge jedesmal anzunehmen ist, so oft nur der Afterspfänder die ihm vom ersten Verpfänder verpfändeten Sachen als ihm verpfändete dem Afterspandgläubiger in Pfand gegeben hat, so daß dem ersten Verpfänder aus jedem Afterspandrealcontracte des Afterspfänders nach Zahlung der ersten Pfandschuld durch fingirte Cession eine *utilis pignoratitia actio directa* auf Rückgabe der Afterspandstücke gegen den Afterspandgläubiger zu Theil wird.

In dieser aus dem Afterspandrealcontracte des Afterspfänders abgeleiteten, nicht aber — wie man häufig der bestimmtesten Gegenzeugnisse³⁸⁾ ungeachtet vermeint hat — in einer aus dem Pfandrealcontracte des ersten Verpfänders gleichwie gegen den ersten Pfandgläubiger, so auch gegen den Afterspandgläubiger zu richtenden, *pignoratitia actio* besteht das persönliche Klagerecht, welches nach Bezahlung der ersten Pfandschuld dem ersten Verpfänder gegen den Afterspandgläubiger auf Rückgabe der Afterspandstücke unverkennbar im römischen und im canonischen Rechte eingeräumt worden ist³⁹⁾.

³⁶⁾ *§. 160 f.* — ³⁷⁾ *l. 5 §. 12 fin. D. commod. (13. 6), cf. Basil. mit Schol. XIII, 1 c. 5 §. 12 (Heimb. II, p. 10 sq.).* — Nicht entgegen ist *l. 40 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7).* — *§. 447 f.* — ³⁸⁾ *l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1).* Papinian. . . Ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest. *cf. §. 92 not. 137. — l. 11 §. 5 D. de pignor. act. (13. 7).* — ³⁹⁾ Gleicher Anhalt in Dernburg, Pfandr. Th. 1 *§. 155 ff.*

Zu römischen Rechte heißt es:

Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. Gemello ⁴⁰⁾.

Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris juri fuerit obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide veri, poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu Praesidis provinciae recuperare. — P. P. 13 calend. Januar. ipsis 4 A. A. Coss. 290.

In diesem Rescripte wird dem Gemellus als Erben der ersten Verpfänder nach Zahlung seiner Pfandschuld ein Rückforderungsrecht gegen den Afterspandgläubiger auf die afterspandweise von demselben besessenen Liegenschaften zugestanden, wenn der erste Gläubiger das von den Erblassern des Gemellus zum Pfande erhaltene Grundstück dem zweiten Gläubiger in Afterspand gegeben hat und dieser Thatbestand bei der Prüfung des von Gemellus zu führenden Beweises als wahr sich herausstellt (examinata fide veri). Nicht also das Eigenthum des Gemellus, sondern lediglich die vom ersten Gläubiger geschehene Hingabe des ihm verpfändeten Grundstücks zum Afterspande ist der Klaggrund, von dessen Beweise die Rückgabe des Grundstücks an den ersten Verpfänder nach Zahlung der ersten Pfandschuld abhängig gemacht wird. Kann es deutlicher gesagt sein, daß es sich weder um eine reivindicatio, noch um eine aus dem Pandectencontracte des ersten Verpfänders gegen den Afterspandgläubiger, als wenn er der erste Pfandgläubiger wäre, gegebene pignoratitia actio handelt, daß vielmehr die Klage des ersten Verpfänders auf dem Klagrechte des Afterverpfänders beruht, mithin bei Ermangelung wirklicher Cession nur als eine durch fingirte Cession vom Afterverpfänder auf den ersten Verpfänder übergegangene utilis pignoratitia actio zu betrachten ist? Wir müssen uns zu diesem Schlusse um so unaufhaltsamer gedrängt fühlen, je vollständiger derselbe erwiesener Maassen mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts in Uebereinstimmung steht, und selbst schon in folgender Pandectenstelle anerkannt zu sein scheint:

Papinianus lib. 3 Responsorum ⁴¹⁾.

Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quidquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

⁴⁰⁾ l. 2 C. si pign. pignori (8. 24). — — ⁴¹⁾ l. 40 §. 2 D. de pignorat. act. (13. 7). — Cujac. opp. IV, p. 930 sq.

Nach der Zahlung der Pfandschuld soll der Pfandgläubiger, welcher sich im Besitze des Pfandes befindet, zwar zur Restitution des Besizes, aber zu keiner sonstigen Leistung verpflichtet sein, namentlich, falls er das Pfand in Pferspand gegeben hat, nicht zur Befreiung des Pfandes vom Pferspandrechte oder zur Leistung einer Caution für solche Befreiung, weil die Bezahlung des Pfandgläubigers zugleich eine Zufriedenstellung (*satisfactio*) des Pferspandgläubigers enthält und insofern ohne Weiteres das Pferspandrechte aufhebt, mithin dem Pferspandgläubiger weder eine Pferspandklage, noch eine Pferspandeinrede belästigt (*secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur*), sondern denselben im Fall des Besizes schlechthin der *pignoratitia actio* des Pferverpfänders und der auf fingirter Cession beruhenden *utilis pignoratitia actio* des ersten Verpfänders unterwirft.

Dieser an sich wahrscheinliche Abschluß des Papinianischen Gedankenganges wird noch wahrscheinlicher durch den in der Basilikenscholie herausgehobenen Gegensatz⁴²⁾:

Εἰ μὴ δέδωκεν γνώμην τοῦ δεβίτορος εἰς ἐνέχυρον ὁ δανειστής· τότε γὰρ καταβαλὼν ὁ δεβίτωρ κατὰ τοῦ δανειστοῦ κινεῖ.

Insofern nämlich das Pfandstück mit des Schuldners Bewilligung für eine Schuld des Gläubigers dem Gläubiger des Gläubigers zum Pfande gesetzt wird, entsteht kein Pfandrecht am Pfandrechte und der dazu gehörigen Forderung des Gläubigers, sondern ein Pfandrecht unmittelbar an dem Eigenthume des Schuldners, mit dessen Bewilligung der Gläubiger die Sache seinem Gläubiger verpfändet⁴³⁾. Die Bezahlung des ersten Gläubigers verschafft also dem zweiten Gläubiger kein Pfandrecht an den *res solutae*, mithin auch keine *satisfactio*, welche sein eignes Pfandrecht aufzuheben geeignet wäre. Die Sachen des Schuldners bleiben trotz der dem ersten Gläubiger geleisteten Zahlung dem Pfandrechte des zweiten Gläubigers unterworfen, wenn sie nicht durch Bezahlung oder anderweite Zufriedenstellung des zweiten Gläubigers befreit werden. Dem an den ersten Gläubiger zahlenden Schuldner ist daher nichts übrig, als aus dem zwischen ihm und dem ersten Gläubiger in Betreff der Pfandsachen bestehenden Contractsverhältnisse etwa mit der *commodati, locati* oder

⁴²⁾ Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 39 §. 2 (Heimb. III, p. 64): *Nisi creditor voluntate debitoris pignori dederit: tunc enim debitor pecuniam solvens adversus creditorem agit.* — — ⁴³⁾ l. 20 D. de pignor. act. (13. 7), l. 16 §. 1, l. 26 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. (20. 2), l. 7 C. si aliena res (8. 16), l. 23 D. de prob. (22. 3).

in factum (praescriptis verbis) actio den ersten Gläubiger auf Einlösung der Pfänder und auf Abtretung der ihm auf Rückgabe der pfandfrei gemachten Sachen zustehenden pignoratitia actio zu belangen⁴⁴⁾.

Sollte nun nicht die für diesen Fall von der Scholie hervorgehobene Nothwendigkeit einer vom Schuldner gegen seinen Gläubiger zu erhebenden Klage, um vom Gläubiger des Gläubigers die Pfandsachen zurückzubekommen, darauf hinweisen, daß in dem Falle der Afterverpfändung diese Nothwendigkeit nicht vorhanden sei, vielmehr dem Schuldner frei stehe, sofort gegen den Gläubiger des Gläubigers auf Rückgabe der Pfandsachen zu klagen?

Sei dem indeß, wie ihm wolle, unsere Auslegung des ganz klar redenden Rescripts der Kaiser Diocletian und Maximian bleibt unter allen Umständen unerschüttert und das canonische Recht⁴⁵⁾ bestätigt diese Auslegung, indem es gleichfalls dem ersten Verpfänder nach Tilgung der ersten Pfandschuld gegen den Afterspandgläubiger ein Klagerrecht auf Restitution der afterspandweise besessenen Pfandstücke verleiht, ohne den Beweis anderer Thatfachen, als das römische Recht, zu erfordern. Das canonische Recht kann mithin ebenmäßig keine dingliche Eigenthumsklage, sondern nur eine gemeinrechtlich zu construirende utilis pignoratitia actio im Auge gehabt haben.

Fortsetzung.

B. Unbenannte Realcontracte.

§. 46.

In Betreff der unbenannten Realcontracte können wir uns zunächst wieder auf ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian berufen, welches mit den eingeklammerten Interpolationen in den Codex aufgenommen, mit lückenhaftem Urtexte aber in den Vaticaniſchen Fragmenten aufbewahrt ist und folgendermaßen lautet¹⁾:

Inpp. Diocletian. et Maxim. A. A. et C. C. Marcellae.

Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur, veteris juris auctoritate rescrip-

⁴⁴⁾ l. 5 §. 12 D. commod. (13. 6), cf. Schel. 20. 21 zu Basil. XIII, 1 c. 5 §. 12 (Heimb. II, p. 10), l. 19 pr. §. 1 D. praescr. verb. (19. 5), l. 27 D. de pignor. act. (13. 7). — Um die Anwendbarkeit der auf frui licere gerichteten locatio conductio zu erklären, heißt es bei Javolenus: Fructus rei est vel pignori dare licere. — l. 49 D. de usur. (22. 1), l. 72 D. de reg. jur. (50. 17). — ⁴⁵⁾ c. 6 X. de pignor. (3. 21).

¹⁾ fr. Vat. §. 286. — l. 3 C. de donat., quae sub modo (8. 55). — Vergl. l. 4 D. de donat. (39. 5), l. 50 pr. D. de legat. II (31), Schel. 2 zu Basil. XLVII, 1 c. 3 (Heimb. IV, p. 565), l. 3 §. 2 D. de liber. leg. (34. 3).

tum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non servata (impleta), ei, qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus condictitiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna juris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem decernendam esse (competere) admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, potuit decerni (competebat), tibi accommodabitur. — P. P. 11 Cal. Octobr. ipsis 4 et 3 Coss. — 290.

Der nächste Empfänger, welcher das Geschenk nach einer gewissen Zeit an die Schwester der Marcella herausgeben soll, ist — namentlich nach vorjustinianischem Rechte, welches einen Endtermin mit der Schenkungsnatur für unverträglich erachtet²⁾ — nur Mittelsperson, dagegen die verstorbene, zugleich als Erblasserin der Marcella gedachte Schwester derselben, mag sie vom ersten Empfänger die spätere Herausgabe des Geschenks stipulirt³⁾ oder nicht stipulirt haben, die eigentlich Beschenkte (ea, in quam liberalitatis compendium conferebatur).

Unter dieser Voraussetzung läßt sich die Stellung des Schenkers, welcher das Geschenk ad tempus dem ersten Empfänger überliefert und der Schwester der Marcella die demnächstige Restitution ausbedingt, unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen.

Die erste am nächsten liegende Auffassung, der das ältere Recht allein folgt (veteris juris auctoritate rescriptum est), geht dahin, ein Obligationsverhältniß nur zwischen dem Schenker und dem ersten Empfänger anzunehmen und Letzteren einfach der condictio ob causam datorum des Schenkers und der Erben desselben zu unterwerfen, wenn er nach Ablauf der gesetzten Frist das Geschenk der Schwester der Marcella vorenthält und auf diese Weise die vom Schenker der datio hinzugefügte Nebenbestimmung (lex) unerfüllt läßt⁴⁾. Vom Schenker wird angenommen, daß er mit der im eignen Namen geschehenen datio keinen anderen Zweck verfolgt habe, als sich und seinen Erben die condictio ob causam datorum zu verschaffen, weil er ja

²⁾ a. l. 26 C. de legat. (6. 37) in Verbindung mit l. 20 D. de reb. cred. (12. 1). — b. fr. Vat. §. 283 (worin nicht ad te, sondern ad tempus zu lesen ist) in Verbindung mit der interpolirten l. 2 C. de don. quae sub modo (8. 55). — v. Meyerfeldt, Schenkungen Th. 1 §. 411. — Schilling, Institutt. §. 350 not. 99. — ³⁾ cf. l. 29 §. 2 D. de pact. dotat. (23. 4). — v. Meyerfeldt, Schenkungen Th. 1 §. 271 ff. — ⁴⁾ l. 3, l. 8 C. de condict. ob caus. dat. (4. 6), l. 2, l. 6 C. eod. — Noch Ulpian scheint diesen Standpunkt behauptet zu haben. Vergl. l. 5 pr. D. de donat. int. V. et U. (24. 1) und dazu die Erklärung v. Scheuerl's in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 2 §. 21 f. — wogegen indeß Thering ebendas. §. 73 f.

sonst nur im Namen der Schwester der Marcella hätte tradiren dürfen, um diese sogar direct zur *condictio ob causam datorum* zu berechtigen⁵⁾).

Die zweite entfernter gelegene Auffassung ist erst im späteren Rechte hinzugekommen (*divi principes admiserint*)⁶⁾, und geht von einem der beschenkten Schwester der Marcella günstigeren Standpunkte aus (*benigna interpretatione*). Man berücksichtigt, daß das für die *datio* einer Sache entgegengenommene Versprechen späterer Rückgabe dem Hingebenden eine *actio praescriptis verbis* verleiht⁷⁾, die kein Vertreter dem Vertretenen direct zu verschaffen im Stande ist. Auch der Vertreter muß vielmehr die Sache gegen das Versprechen der Rückgabe im eignen Namen überliefern und die durch diese Ueberlieferung in seiner Person begründete *actio* auf den Vertretenen übertragen, damit dieser ein Klagerecht gegen den Empfänger erhalte. Ist aber von diesem Standpunkte aus die Hingabe der Sache im eignen Namen kein sicheres Zeichen mehr, daß der Hingebende nicht als Vertreter eines Anderen, sondern für sich selbst gehandelt habe, so darf auch eine Geschäftsführung für einen Anderen angenommen werden, wenn sonstige Gründe darauf schließen lassen. Bedingt nun der Hingebende die Rückgabe an einen Anderen, so wird eine *benigna interpretatio* diesem an sich ungültigen Nebenvertrage neben dem durch die Hingabe im eignen Namen in der Person des Gebers gültig abgeschlossenen Realcontracte wohl die Bedeutung beilegen dürfen, daß der Geber Willens gewesen sei, hinsichtlich des Realcontractes als Geschäftsführer des Anderen sich darzustellen und zugleich auf das eigne Interesse am Vorbehalte des Inhalts der begründeten *actio praescriptis verbis* zu Gunsten des Anderen zu verzichten⁸⁾. Die *actio praeser. verb.* gebührt unter dieser Voraussetzung kraft fingirter Cession dem Geschäftsherrn als *utilis actio* und ist auch in der That *juxta donatoris voluntatem* der beschenkten Schwester der Marcella, und nach deren Tode der Marcella selbst, als Erbin ihrer Schwester, gegen den Empfänger oder gegen dessen Erben⁹⁾ von den Kaisern verliehen worden.

⁵⁾ C. C. 375 not. 9. — — ⁶⁾ Welche Kaiser gemeint sind, weiß ich nicht sicher zu ermitteln. Cujac. (opp. IX, p. 1350) denkt an die *divi fratres Antoninus* und *Verus* und bezieht sich auf l. 1 C. de donat., quae sub modo (8. 55). . . *divi Principes*. — — ⁷⁾ l. 1 §. 2, l. 17 pr. §. 2. 5 D. praeser. verb. (19. 5), l. 2 §. 2 D. de precar. (43. 26), l. 10 C. de pact. (2. 3), l. 1 C. de pact. conv. (5. 14). — ferner l. 9, l. 22 C. de donat. (8. 54), l. 8 C. de rer. permut. (4. 64). — — ⁸⁾ Anders in l. 22 C. de donat. (8. 54), wo die *lex donationi dicta* dem Schenker, nicht aber den dritten Gläubigern zu Gute kommen soll. — — ⁹⁾ Basil. XLVII, l. c. 72 fin. (Heimb. IV, p. 593).

Anfangs hat indeß ein Decret des Prätor nach vorgängiger Sach-
untersuchung die Verleihung aussprechen sollen; allein Justinian hat
diese Form erlassen, da er im Texte aus keinem anderen Grunde die
ursprünglichen Worte: decernendum esse und potuit decerni in
competere und competebat verändert haben wird¹⁰⁾.

Diese Erklärung entspricht auf das Genaueste den Grundsätzen,
deren Geltung bei den benannten Realcontracten so eben nachgewiesen
ist. Desungeachtet sind die meisten älteren und neueren Rechtslehrer
über den Sinn unseres Rescripts anderer Meinung. Ant. Faber sucht
in ausführlicher, aber desungeachtet einer besonderen Widerlegung
nicht bedürftiger Ausführung darzuthun, daß von einer utilis in rem
actio die Rede sei¹¹⁾. Mühlenbruch¹²⁾ und v. Meyerfeldt¹³⁾ geben
der Marcella außer der utilis praser. verb. actio auch eine utilis
condictio ob causam datorum, obschon das Rescript die condictio
unverkennbar dem Schenker und dessen Erben ausschließlich vorbehält.
v. Savigny¹⁴⁾, Buchta¹⁵⁾ und Windscheid¹⁶⁾ sehen in der utilis ac-
tio nicht ein aus der Person des Schenkers abgeleitetes, sondern ein
in der Person des Beschenkten nach Analogie der petitio fideicom-
missi ursprünglich entstandenes Rechtsmittel, sind aber überzeugend
durch Erxleben¹⁷⁾ widerlegt worden, der indeß seinerseits gleich Eujac.¹⁸⁾
und v. Buchholz¹⁹⁾ die Schwester der Marcella für die Schenkerin
und die utilis actio für die der Schenkerin selbst erworbene und durch
fingirte Cession auf die mittelbar bedachte Marcella übertragene
condictio ob causam datorum hält. Diese Ansicht scheitert jedoch
an den dürren Worten der Basilikenscholie, wonach unter der utilis
actio eine praescriptis verbis actio verstanden wird²⁰⁾ und Mar-
cella die Schwester und Erbin derjenigen ist, welcher nach der Bestim-
mung des Schenkers das Geschenk vom ersten Empfänger hat heraus-
gegeben werden sollen²¹⁾, ganz entsprechend dem sonst unerklärlichen

¹⁰⁾ C. C. 193 not. 43. — — ¹¹⁾ Ant. Fabri error. pragm. XLVII, 6—8 (tom. II, p. 1076 sqq.). — — ¹²⁾ Cess. §. 10 Nr. 4, C. 97 f. not. 199. — — ¹³⁾ Schenkung. Th. 1 C. 422 f. — — ¹⁴⁾ Ench. Bd. 4 C. 422 f. — — ¹⁵⁾ Stellvertret. C. 113 ff. — — ¹⁶⁾ Die Lehre von der Voraussetzung Nr. 107 C. 174. — — ¹⁷⁾ Die Rückforderung erfolgloser Leistungen, condict. c. d. c. n. s. C. 300 bis 310. — — ¹⁸⁾ Comment. in Cod. ad l. l. (opp. IX, p. 1350). — — ¹⁹⁾ ad fragm. Vat. §. 286. — — ²⁰⁾ Schol. Theodor. ad Basil. XLVII, 1 c. 72 (Heimb. IV, p. 593) . . . *εἰ δὲ μὴ ἐπηρώτησεν, ἔχει τὴν οὐτίλιαν ἀγωγὴν, τοῦτέστι τὴν praescriptis verbis. οὕτως γὰρ ὁ ἥρως Εὐδόξιος τὸ τῆς οὐτίλιας ὄνομα ἐνταῦθα ἐνόησεν.* — si vero stipulatus non sit, utilem actionem habet, id est praescriptis verbis. sic enim celeberrimus Eudoxius vocem utilis hoc loco intellexit. — — ²¹⁾ Schol. Isidor. fin. ad Basil. XLVII, 1 c. 72 (Heimb. IV, p. 593) und Schol. 2 zu Basil. XLVII, 1 c. 4 (Heimb. IV, p. 565).

Ausdrucke: dieselbe Klage, welche der Schwester der Marcella habe decretirt werden können (*potuit decerni*), sei auch der Marcella zu decretiren.

Dazu kommt der einleuchtende Einwand v. Savigny's, daß es z. B. in dem Falle, wenn ein Landgut mit der Auflage, einen alten treuen Diener zu verpflegen, verschenkt worden wäre, gewiß nicht *juxta donatoris voluntatem* sein würde, wenn der mittelbar Bedachte statt mit der *utilis praescriptis verbis actio* die für ihn bestimmte Leistung zu fordern²²⁾, mit der *utilis condictio ob causam datorum* das ganze für ihn nicht bestimmte Geschenk vom unmittelbar Bedachten einklagen wollte. Der Schenker hat ja nicht die *condictio ob causam datorum*, sondern lediglich die *actio praeser. verbis* als Geschäftsführer der mittelbar bedachten Schwester der Marcella begründet und ebendaher der Schwester der Marcella zwar Gelegenheit geboten, durch Genehmigung der Geschäftsführung auf Abtretung der *actio praeser. verbis*, nicht aber auf Abtretung der *condictio ob causam datorum* ein Klagerrecht zu erwerben²³⁾. Die Erzwingbarkeit wirklicher Cession, als Voraussetzung fingirter Cession fehlt also hinsichtlich der *condictio ob causam datorum*, wie sie hinsichtlich der *actio praeser. verb.* vorhanden ist. Für die mit der *actio praeser. verb.* versehene Schwester der Marcella ist ebendaher nur der Erlaß der Verbindlichkeit aus der dem Schenker als *negotiorum gestor* an sich zustehenden *actio negotiorum gestorum contraria* Gegenstand der Schenkung, während die mit der *condictio ob causam datorum* klagende Schwester der Marcella nothwendig dieses Klagerrecht selbst geschenkt erhalten haben müßte, dann aber wieder nicht *utiliter* im eignen Namen klagen könnte, weil die Schenkung einer Forderung nach vorjustinianischem Rechte nicht einmal auf Grund eines wirklichen, geschweige also auf Grund eines erdichteten *mandatum agendi* dem Beschenkten *utiles actiones* zu gewähren vermag²⁴⁾. Unsere Erklärung dürfte also die allein stichhaltige sein, zumal sie durch nachstehende Quellenzeugnisse nachdrücklich unterstützt wird.

Impm. Diocletian. et Maxim. C. C. Phileto²⁵⁾.

Pater pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui: licet his actio-

²²⁾ l. 8, l. 26 D. *praeser. verb.* (19. 5), l. 4, l. 8 C. *eod.* (4. 64), l. 7 C. *de pact.* (2. 3), l. 9, l. 22 C. *de donat.* (8. 54), l. 2 C. *de pact. int. E. et V.* (4. 54), l. 3 C. *de contrah. emt.* (4. 38). — ²³⁾ l. 80 §. 5 D. *de furt.* (47. 2), l. 6 §. 9, l. 2, l. 21 §. 3 D. *de neg. gest.* (3. 5), l. 24 pr. D. *de minor.* (4. 4). — ²⁴⁾ C. C. 20 ff. C. 217. cf. l. 43 §. 1 D. *de jure dot.* (23. 3) .. *caeterum mulieri per liberam personam condictio acquiri non potest.* — ²⁵⁾ l. 7 C. *de pact. conv.* (5. 14).

nem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio. — Dat. 14 Cal. Jan. Nicomediae C. C. Coss. — 294.

Dieses Rescript beweist für uns, obgleich es, wie bereits Anton Faber²⁶⁾ ahnte, interpolirt ist. Die Basilikenscholie bezeugt, daß ursprünglich der letzte Satz ohne licet einfach dahin ausging: his actionem quaerere non potuit²⁷⁾. Erst die Compileren machten diese Worte durch Einschlebung des licet zu einem Vordersatz, dem sie den Nachsatz gaben: tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio. Sie thaten dieses κατὰ καινοτομίαν, d. h. um die Entscheidung des Rescripts mit den neuen Satzungen Justinians in Einklang zu bringen.

Vor Justinian konnte nämlich der Vater, welcher für seine Tochter mittelst Sachübergabe eine dos bestellte, nur durch Stipulation die Rückgabe sich bedingen, nicht auch, wie jeder Andere, durch einfaches pactum eine actio praescriptis verbis begründen²⁸⁾. Natürlich konnte er ebensowenig, wenn er als Vertreter handelte, eine durch wirkliche oder fingirte Cession auf den Vertretenen zu übertragende actio praeser. verb. ins Dasein rufen²⁹⁾. Die Kaiser Diocletian und Maximian mußten also dem Philetus bloß deshalb, weil es der Vater gewesen war, welcher die Restitution der für die Tochter bestellten dos seinen Enkeln durch pactum bedungen hatte, abweichend von den sonst geltenden Grundsätzen rescribiren: his actionem quaerere non potuit.

Justinian dagegen verließ jedem pactum de restitutione dotis Gültigkeit³⁰⁾. Auch der Vater vermochte nun durch bloßes pactum der mittelst Sachübergabe vollzogenen Brautgabebestellung die

²⁶⁾ Conject. jur. civ. XIX, 19 (p. 748). — — ²⁷⁾ Εἰς 2 zu Basil. XXIX, 1 c. 37 (Heimb. III, p. 483) . . οὐτιλὶα δὲ ἀρμόζει. — Τοῦτο τὸ ῥητὸν σήμερον κατὰ καινοτομίαν προσετέθη, καὶ ἐστὶ παρὰ τὴν καθόλου διαίρεσιν, καὶ χρὴ αὐτὸ ὡς ἰδικὸν καὶ ξένον σημειώσασθαι . . utilis autem actio competit. — Haec pars textus hodie adjecta est novi juris constituendi gratia, et contra generalem definitionem est, idque tanquam speciale et novum notandum est. — ²⁸⁾ l. 6 C. de jure dot. (5. 12), l. 20 §. 1 D. de pact. dot. (23. 4) . . Si extraneus cett. — l. 6 pr. §. 1 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4) . . Si extraneus cett. — Sed si pater cett. — Εἰς 3 zu Theophil. Inst. IV, 6 §. 29. — Εἰς 3 zu Basil. XXIX, 1 c. 93 (Heimb. III, p. 434). — cf. Übers. Themis N. 8 Bb. 1 C. 373 not. 103. — Erleben, Rückforderung u. C. 73 not. 38. — Cujac. opp. IX, p. 67 B. — — ²⁹⁾ cf. l. 6 D. quod cum eo, qui in alien. (14. 5). — — ³⁰⁾ l. un. §. 16 C. de rei uxor. act. (5. 13) in Verbindung mit §. 13 C. eod. — Dieses ist die nov., deren Εἰς 1 zu Basil. XXIX, 1 c. 93 erwähnt.

Wirkung einer *actio praeser. verb.* zu verleihen³¹⁾. Die Basiliken stellen das völlig außer Zweifel; denn theils geben sie derjenigen Constitution des Codex, worin die frühere Unmöglichkeit der *praeser. verb. actio* für den dotirenden Vater ausgesprochen ist³²⁾, durch Einschlebung des Wortes: *μόνος* eine andere Beziehung auf den Fall, wenn der Vater, welcher früher eine *dos* für die Tochter bestellt hat, später allein d. h. ohne Einwilligung der Tochter ein *pactum de reddenda dote* abschließt³³⁾, theils versehen sie eine zweite Constitution durch Interpolation geradezu mit dem Eingange³⁴⁾:

Ἐὰν ὁ πατήρ προῖκα ἐπιδοὺς ὑπὲρ τῆς θυγατρὸς μὴ ἐπερωτήσῃ τὴν ἐπανάδοσιν ἑαυτῷ, ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἐπιδόσεως, ὥς βούλεται, συμφωνεῖ.

Nach dieser Veränderung paßte der Grund nicht mehr, aus welchem eine Klage früher den Enkeln abgeschlagen war, denen der seine Tochter dotirende Vater für den Fall, daß die Tochter in der Ehe versterbe, die Restitution der *dos* durch *pactum* bebungen hatte. Nach den bei Realcontracten sonst geltenden Grundsätzen mußte vielmehr in dem erwähnten Falle für den Vater eine *directa actio praeser. verbis* entstehen, welche zufolge der im Nebenvertrage ausgedrückten Absicht, als Vertreter der Enkel gehandelt und das eigne Interesse an dem Vorbehalte des Inhalts der Klage zu Gunsten der Enkel aufgegeben zu haben, durch fingirte Cession in Form einer *utilis actio* auf die Enkel übertragen wurde; denn die Enkel hatten aus der Geschäftsführung des Großvaters die *actio negotiorum gestorum directa* auf Abtretung der *praeser. verb. actio* erworben und der Großvater schenkungsweise auf die ihm an sich zukommende *actio negotiorum gestorum contraria* verzichtet, so daß alle Voraussetzungen der fingirten Cession vorhanden waren. Aus diesem Grunde gestalteten die Compileratoren den ursprünglichen Schluß der Constitution dahin um: *licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate commodabitur actio*, d. h. — wie die Basiliken bestätigen³⁵⁾ — obgleich er ihnen nicht direct ein Klagerecht

³¹⁾ cf. Petri exc. I, 33. — — ³²⁾ l. 6 C. de jure dot. (5. 12). — —

³³⁾ Basil. XXIX, 1 c. 93 und Schol. 1 (Heimb. III, p. 434). — — ³⁴⁾ Basil. XXIX, 1 c. 94 (Heimb. III, p. 434). Si pater, cum dotem pro filia daret, non stipulatus fuerit, eam sibi reddi, tempore dationis, uti vult, paciscitur. — cf. Schol. 2 ad h. l. . . Ἐν γὰρ τῷ καιρῷ τῆς ἐπιδόσεως καὶ ἐπερωτῇ, ἃ βούλεται, καὶ πακτεύει· τοῦτο γὰρ καὶ πᾶς ἑωτακὸς δύναται ποιεῖν προῖκα ἐπιδοῦς. — Tempore enim dationis et stipulatur, quae vult, et paciscitur: hoc enim et quilibet extraneus dotem dans facere potest. — cf. Basil. XXIX, 5 c. 9 (Heimb. III, p. 469). — — ³⁵⁾ Die Basiliken übersetzen: ἐκ τοῦ συμφώνου τούτου ἀκριβὴς μὲν οὐδεμία ἀγωγή δίδεται τοῖς ἐγγόνους, οὐτελὶα δὲ ἀρμόζει — ex hoc pacto directa quidem nulla datur nepotibus actio, utilis autem competit.

erwerben konnte, so wird ihnen doch aus Billigkeit eine aus der Person des Großvaters abgeleitete Klage verliehen (*utilis actio*).

Diejenigen Personen, denen die *utilis actio* zu Theil wurde, mußten aber schon zur Zeit der Klagebegründung und der damit zusammentreffenden Cessionärdichtung geboren und von der Gewalt des dotirenden Vaters frei sein. Deshalb bemerkt eine Basilikenscholie ausdrücklich, daß unter den zur *utilis actio* berufenen Enkeln entweder Enkel von einem gewaltfreien Sohne oder Enkel aus einer früheren Ehe der dotirten Tochter zu verstehen seien³⁶⁾.

Bei dieser ohne Zuhülfenahme singulärer Rechtsätze gelungenen Erklärung fehlt es an einem ausreichenden Grunde, dritte Personen, denen der Vater bei Dotirung seiner Tochter die Restitution etwa ausbedingen sollte, weniger, als Enkel zum Erwerbe einer *utilis actio* für fähig zu halten. Theodorus beschränkt daher den Rückfall der vom Vater für eine gewaltfreie Tochter bestellten dos an den Vater auf den Fall, wenn die Tochter in der Ehe verstirbt und:

ἐὰν τέκνα οὐ κατέλειψεν οὐδὲ πάκτον προέβη, ὥστε κερδᾶν αἰ τιτὸ περιὸν πρόσωπον θατέρον προτελευτήσαντος³⁷⁾.

d. h. wenn sie weder Kinder hinterlassen hat, noch ein pactum des Vaters vorliegt, daß irgend eine andere überlebende Person nach dem Tode der Tochter die dos gewinnen soll.

Auch diese Consequenz bestärkt unsere Auslegung, wonach das abgedruckte Rescript nur eine Anwendung gemeinrechtlicher Grundsätze über die Verletzung von *utiles actiones* an die Vertretenen aus den von den Vertretern für sie abgeschlossenen Realcontracten enthält.

Eine fernere Bestätigung gewährt folgendes Bruchstück:

Paulus lib. 6 Quaestionum³⁸⁾.

Gajus Sejus avus maternus Sejae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit: et instrumento dotali hujusmodi pactum et stipulationem complexus est: „Si inter Lucium Titium maritum et Sejam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Sejae uxori vel Gajo Sejo avo materno

³⁶⁾ Schol. 1 zu Basil. XXIX, 1 c. 37 (Heimb. III, p. 483). — — ³⁷⁾ Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 68 (Heimb. III, p. 293) . . si filios non reliquit, neque pactum intercessit, ut superstes persona altera praemortua aliquid lucretur. — cf. Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 445 f., welcher indeß diese Stelle nicht recht zu deuten weiß. — — ³⁸⁾ l. 45 D. solut. matr. (24. 3). — Cujac. ad Paul. lib. 6 Quaest. (opp. V, p. 1029 sq.). — Glück, Comment. Bd. 27 S. 180 ff.

redderetur restituereturque“. Quaero, cum Sejus avus maternus statim vita defunctus sit, et Seja postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cujus potestate est, an et cui actio ex hoc pacto vel³⁹⁾ stipulatione competat? utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti? Respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur. quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Sejae posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset: sed permittendum est nepti ex hac avita conventionione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem⁴⁰⁾: favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est.

Als mütterlicher Großvater der an Lucius Titius verheiratheten Seja hat Gajus Sejus dem Lucius für Seja eine bestimmte Summe Geldes zur dos gegeben und deren Rückgabe nach einer ohne Schuld der Frau erfolgten Scheidung der Seja oder sich selbst durch pactum und durch Stipulation bedungen. Durch dieses pactum und diese Stipulation ist Seja von der ihr sonst zustehenden actio rei uxoriae ausgeschlossen worden⁴¹⁾. Um so dringender erhebt sich die Frage, als Sejus bald darauf verstorben und später Seja bei Lebzeiten ihres Gewalt habenden Vaters ohne Schuld geschieden ist, ob und wem aus dem pactum oder der Stipulation eine Klage zustehe.

Paulus antwortet zuerst in Betreff der Stipulation, sodann in Betreff des pactum.

Die Stipulation, sagt er, ist nichtig, sofern sie auf die Seja gestellt ist⁴²⁾, gültig dagegen, sofern der Stipulator sich selbst die Rückgabe bedungen hat⁴³⁾. Die Klage aus der Stipulation steht also

³⁹⁾ Die gewöhnliche Lesart: ex stipulatione, welche Oneist (Formelle Verträge S. 368 f.) mit unzutreffenden Gründen nach Analogie von ex chirographo ex stipulatu [l. 17 D. de doli exc. (44. 4)] zu verteidigen sucht, ist nach der Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 43 (Heimb. III, p. 279): *ἐκ τοῦ πάκτου ἢ τοῦ τῆς ἐνσπουδίας ἀγωγῆς* zu verändern in ex pacto vel stipulatione. — ⁴⁰⁾ Andere Beispiele solcher Gracismen finden sich in l. 12 §. 1 D. de senat. (l. 9), l. 19 fin. D. de novat. (46. 2), l. 4 §. 8 D. de re milit. (49. 16). — ⁴¹⁾ l. 22 pr., l. 29 §. 1 D. solut. matr. (24. 3), l. un. §. 13 C. de rei uxor. act. (5. 13). — ⁴²⁾ S. S. 275 not. 4. — l. 3, l. 6 C. de inutil. stipul. (8. 39). — ⁴³⁾ Ulp. fr. VI, 5. — l. 29 D. sol. matr. (24. 3), l. 7 C. de jure dot. (5. 12), l. un. §. 13 C. de rei uxor. act. (5. 13).

ausschließlich den Erben des Gajus Sejus zu; denn wollte man auch die Stipulation etwa so auslegen, als ob Gajus Sejus die Rückgabe der dos sich selbst oder der Seja stipulirt hätte⁴⁴), so würde die Seja doch nur als solutionis causa adjecta erscheinen, mithin nicht zur Klage, sondern nur zur Zahlungsempfangnahme berechtigt sein⁴⁵), wenn gleich zur Zahlungsempfangnahme dergestalt, daß sie das Empfangene den Erben des Gajus nicht herauszugeben braucht, weil die adjectio auf der donationis causa beruhet⁴⁶).

Das der Realleistung beigelegte pactum oder die conventio — fährt Paulus fort — würde für Gajus Sejus direct die actio praescriptis verbis begründet und, sofern der Seja die Rückgabe der dos bedungen ist, auf die Seja eine utilis praescriptis verb. actio übertragen haben, wenn man nicht über den Willen des Gajus Sejus, als Geschäftsführer der Seja gehandelt und auf den Inhalt der begründeten Klage zu Gunsten der Seja verzichtet zu haben, aus dem doppelten Grunde zweifelhaft sein dürfte, weil Gajus Sejus die Rückgabe der dos neben der Seja auch sich selbst durch pactum und durch Stipulation bedungen hat, und weil, selbst abgesehen von diesem Umstande, die Stipulation, welche den vornehmsten Verpflichtungsgrund bildet, der Seja überall keine utilis actio darbietet. Allein diesen Zweifelsgründen steht wieder entgegen, daß die Ausschließung der Seja von jedem Klagerichte, oder — wie Paulus sich ausdrückt — die Verabung der Seja um das commodum dotis ein Erfolg ist, welcher dem muthmaßlichen Willen des Gajus Sejus durchaus nicht entsprechen würde, da Gajus Sejus die Dotalrechte der Seja gewiß nicht zu schwächen, sondern zu stärken beabsichtigt hat. Mit Rücksicht sowohl auf den favor dotis⁴⁷), oder — wie zur Abwechslung gesagt ist, — den favor nuptiarum⁴⁸), als auch vorzüglich (maxime) mit Rücksicht auf die natürliche Liebe des Großvaters zur Enkelin glaubt Gajus daher der für die Seja günstigeren Auslegung der großväterlichen Willensmeinung folgen⁴⁹) und jener Zweifelsgründe ungeachtet aus dem großväterlichen pactum (ex

⁴⁴) l. 1 §. 5 D. de stipul. serv. (45. 3), l. 98 §. 7 D. de solut. (46. 3). — — ⁴⁵) l. 56 §. 2, l. 141 §. 7 D. de V. O. (45. 1), §. 4 J. de inutil. stipul. (3. 20). — — ⁴⁶) l. 131 §. 1 fin. D. de V. O. (45. 1), l. 25 pr. D. de usufr. (7. 1). — v. Meyerfeldt, Schenkungen Th. 1 S. 272 ff. §. 15 Nr. 13. — — ⁴⁷) l. 1 D. solut. matr. (24. 3), l. 2, l. 70 D. de jure dot. (23. 3), l. 85 pr. D. de reg. jur. (50. 17). — — ⁴⁸) cf. Schol. 4 zu Basil. XXVIII, 8 c. 43 (Heimb. III, p. 280) . . δια δὲ τὴν θάλασσαν τῶν γάμων. — θάλασσονταί γὰρ αἱ προίκες. — Schol. 1 eod. . . καὶ πατρόθεν δότιον. — Cujac. ad Paul. lib. 6 Quaest. h. l. (opp. V, p. 1030). — — ⁴⁹) cf. l. 11 D. de pact. dotal. (23. 4).

avita conventione)⁵⁰⁾ oder — wie die Basilikenscholie übersetzt: *ἐκ τοῦ πάντων συμφώνου*⁵¹⁾ der Seja eine utilis actio, d. h. wie die Basilikenscholie durch Verweisung auf l. 7 C. de pact. conv. (8. 14) noch deutlicher hervorhebt⁵²⁾, eine utilis actio praescriptis verbis gewähren zu dürfen, neben welcher denn natürlich die directen Klagen der Erben des Gajus Sejus aus dem pactum wie aus der Stipulation durch *doli exceptio* entkräftet sind.

Paulus schließt sich durch dieses Responsum dem gemeinen Rechte an, sofern er der Seja wegen des dem Realcontracte des Gajus Sejus beigelegten Nebenvertrags, daß die dos der Seja zurückzugeben sei, eine auf fingirter Cessio beruhende utilis actio praeser. verb. verleiht, entfernt sich aber in Begünstigung der dos insofern zu einer Singularität, als er den von ihm selbst im 6. Buche der Quaestionen, also vielleicht sogar bei dieser Gelegenheit aufgestellten Grundsatz: *in ambiguis pro dote respondere melius est*⁵³⁾ durch eine sehr freie Auslegung des Sinns bis zu einer starken Abweichung von dem an sich klaren Wortlaute der Stipulation und des pactum zu treiben wagt, und dadurch eins von den Beispielen darbietet, von denen Justinian sagt: *scimus, favore dotium et antiquos juris conditores severitatem legis saepius mollire*⁵⁴⁾.

Daß aber dieses Wagniß den aus der Paulinischen Entscheidung abzuleitenden Beweis für unsere an die Spitze dieses Abschnitts gestellte Regel nicht schwächt, sondern vielmehr verstärkt, indem es die verschiedene Behandlung der Verbal- und der Realcontracte auf eine interessante Weise bestätigt, braucht kaum bemerkt zu werden. Auch scheint nicht erforderlich zu sein, unserer Erklärung gegenüber die vielen anderen theilweise schon bei den Griechen beginnenden⁵⁵⁾ Auslegungen zu beleuchten, welche sämmtlich den von Paulus gemachten Unterschied zwischen der Klage aus der Stipulation und aus dem pactum übersehen und die der Seja gegebene utilis actio für eine actio ex stipulatu halten, dann aber allerdings auch genöthigt sind, die ganze Entscheidung als ein *jus singulare* zu betrachten⁵⁶⁾ und

⁵⁰⁾ cf. l. 15 D. praeser. verb. (19. 5) . . pactio — conventio ista — ex pacto. — — ⁵¹⁾ Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 43 (Heimb. III, p. 279). — — ⁵²⁾ Schol. 3 zu Basil. XXVIII, 8 c. 43 (Heimb. III, p. 280). — — ⁵³⁾ l. 85 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 70 D. de jure dot. (32. 3). — Daß *melius est* eine Anspielung enthält auf die Formel der actio rei uxoriae: quantum aequius melius sit dari [cf. Cic. de offic. III, 15. — l. 66 §. 7 D. solut. matr. (24. 3). — l. 82 D. de solut. (46. 3)], ist nie verkannt worden. — — ⁵⁴⁾ l. 25 C. ad Scf. Vellej. (4. 29). — — ⁵⁵⁾ cf. Schol. Cyrill. zu Basil. XXVIII, 8 c. 43 (Heimb. III, p. 279). — — ⁵⁶⁾ cf. Cujac. u. Glück (S. 456 not. 38 cit.). — Faber, Conj. XIX, 19. — Noet, de pact. et transact. c. 25 (opp. I, p. 480). — Mühlentr., Cess. §. 10 not.

höchstens mit der eben so falsch verstandenen l. 7 C. de pact. conv. (5. 14) unter einen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt zu bringen. Nach unserer Auffassung verbreitet die Erklärung der l. 7 C. cit. ebenso viel Licht über die l. 45 D. cit., als umgekehrt die Erklärung der l. 45 D. cit. über die l. 7 C. cit.

Dasselbe Licht erhellet endlich auch den dunkeln Inhalt folgender zwei Stellen aus des Ulpianus und des Javolenus Werken:

1. Ulpianus lib. 38 ad Edictum⁵⁷⁾.

Si, cum venderet creditor pignus, convenierit inter ipsum et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Julianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitii actionibus⁵⁸⁾ teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem: sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere.

Wenn der Eigenthümer eine Sache unter dem Nebenvertrage verkauft, demnächst gegen Heimzahlung des Kaufpreises die verkaufte Sache zurückzuerhalten, so kann der Nebenvertrag einen doppelten Sinn haben: entweder den, daß mit der Rückzahlung des Kaufpreises das Eigenthum der verkauften Sache ipso jure heimfalle⁵⁹⁾, oder den, daß die Rückzahlung nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe der verkauften Sache begründe⁶⁰⁾. Nach beiden Richtungen ist der Nebenvertrag durch die Klage aus dem Hauptcontracte, also durch die actio ex vendito zur Geltung zu bringen⁶¹⁾. Mit der actio ex vendito concurriren aber je nach den zwei verschiedenen Richtungen zwei andere Klagen: nämlich die reivindicatio, wenn das Eigenthum ipso jure heimgefallen ist, und die actio in factum praescriptis verbis, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nur den Gegenstand eines persönlichen Anspruchs ausmacht⁶²⁾, indem die

197. — Unterholzner, Schuldverh. Th. 1 §. 94 not. o. Th. 2 §. 551 not g. — Buchfa, Stellvertret. §. 95 f. — — ⁵⁷⁾ l. 13 pr. D. de pignor. act. (13. 7). — Mühlentr., Ess. §. 96 f. — Donelli tract. de pignor. cap. X §. 13 (ed. Bucher, XV, pag. 510 sq.). — — ⁵⁸⁾ Ueber die mehreren pignoratitiae actiones s. §. 76 zu not. 34. — — ⁵⁹⁾ l. 7 C. de pact. int. emt. (4. 54). — — ⁶⁰⁾ l. 12 pr. D. de praescr. verb. (19. 5), l. 2 C. de pact. int. emt. (4. 54). — — ⁶¹⁾ l. 6 §. 1 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 4 pr. D. de lege commiss. (18. 3), cf. l. 6 D. de rescind. vend. (18. 5). — — ⁶²⁾ l. 12 pr. D. de praescr. verb. (19. 5), l. 2 C. de pact. int. emt. (4. 54), cf. l. 6 D. de rescind. vend. (18. 5).

Uebergabe der Sache als die Vorleistung (causa) für die gegen Rückzahlung bedingene Rückgabe der Sache angesehen wird⁶³).

Verkauft der Pfandgläubiger das Pfand unter einem Nebenvertrage der Art, so kann der Nebenvertrag auf die Person des Pfandgläubigers, er kann aber auch auf die Person des Verpfänders gestellt werden. In der ersten Form hat der Nebenvertrag keine andere Bedeutung, als daß die Rückzahlung des Kaufpreises dem Pfandgläubiger einen persönlichen Anspruch auf den Rückempfang der Sache gewähren soll. Der Verpfänder, welcher seinerseits das Kaufgeld zurückzahlen will, hat also keine reivindicatio gegen den Käufer, sondern nur die pignoratitia actio directa gegen den Pfandgläubiger auf Abtretung der actio ex vendito und der actio in factum praescriptis verbis⁶⁴). In der zweiten Form kann der Nebenvertrag jede von beiden Bedeutungen haben. Der Nebenvertrag erzeugt demnach für den Pfandgläubiger, welchem die Möglichkeit eines Interesses, den Vertrag so oder so zur Ausführung gebracht zu sehen, schon seiner Cessionspflicht halber^{64a}) nicht abzusprechen ist, zumal er sich nicht selten zur Hinzufügung des Nebenvertrags dem Verpfänder beim Abschluß des Pfandrealscontractes verpflichtet zu haben pflegt⁶⁵), unter jeder Voraussetzung die actio ex vendito gegen den Käufer⁶⁶), zu deren Abtretung der Pfandgläubiger vom Verpfänder durch die actio pignoratitia angehalten werden kann (ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandat ex vendito actionem). Der Nebenvertrag bewirkt aber auch entweder den ipso jure eintretenden Heimfall des Eigenthums an den Verpfänder, wenn dieser Erfolg verabredet worden ist, oder die Entstehung einer actio praescriptis verbis für den Pfandgläubiger, wenn der Nebenvertrag die Uebergabe der verkauften Sache begleitet und nur die Begründung eines persönlichen Anspruchs auf Herstellung des früheren Zustandes bezweckt hat. Der rückzahlungsbereite Verpfänder ist demnach berechtigt,

⁶³) cf. l. 31 §. 17—19 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 44 D. de solut. (46. 3), l. 21 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2). — Vergl. §. 59. — ⁶⁴) l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5). Marcian. — Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto: ut liceat sibi reddere pecuniam, et pignus recipere: an si paratus sit debitor, reddere pecuniam, consequi id posset? Et Julianus lib. 11 Digestorum scribit, recte quidem distractum esse pignus: ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. Sed quod Julianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est. — ^{64a}) l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1). — ⁶⁵) Schol. 1 zu Basil. XXV, l. c. 5 (Heimb. III, p. 53). — l. 5 D. de pignor. act. (13. 7) . . in conditione. — l. 3 §. 1 C. de jure dom. impetr. (8. 34). — ⁶⁶) cf. l. 38 §. 20—23 D. de V. O. (45. 1), §. 20 J. de inutil. stip. (3. 19), Theophil. h. l. — l. 3 C. eod. (8. 39).

wenn das Eigenthum ipso jure heimgefallen ist, die reivindicatio gegen den Käufer anzustellen⁶⁷⁾, und der utilis exceptio hypothecaria des Pfandkäufers mit der Replik selbstverschuldeter Nichtbefriedigung zu begegnen, ohne daß dem durch den Nebenvertrag gebundenen Pfandkäufer eine doli duplicatio zustehen kann⁶⁸⁾, dagegen wenn ein persönlicher Anspruch verabredet worden ist, entweder die pignoratitia actio gegen den Pfandgläubiger auf Abtretung der actio in factum praeser. verb., oder aber — da der Pfandgläubiger bei der Uebergabe des verkauften Pfandes, als der die actio in factum praeser. verb. begründenden Realleistung, durch den auf die Person des Verpfänders gestellten Nebenvertrag sofort erklärt hat, auf den Inhalt seines Klagerrechts zu Gunsten des Verpfänders verzichten zu wollen — ohne Weiteres eine auf fingirter Cession beruhende utilis in factum actio praeser. verb. gegen den Käufer zu erheben.

Ohne Cession stehen also dem rückzahlungsbereiten Verpfänder je nach dem verschiedenen Sinne des auf seine Person gestellten Nebenvertrags gegen den Käufer alternativ die beiden Rechtsmittel der reivindicatio und der in factum actio praeser. verb. offen. Sollte nun Ulpian, welcher nach den nur auf den Verpfänder passenden Worten: ut liceat ei recipere rem suam, unzweifelhaft einen auf die Person des Verpfänders gestellten Nebenvertrag voraussetzt, nicht gerade jenen Sinn auszudrücken Willens gewesen sein, als er schrieb: sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere? — Ich bin darüber nicht im Geringsten in Zweifel, zumal die ohne Cession zulässige in factum actio einen Gegensatz zu der nicht ohne Cession stattfindenden ex vendito actio bildet und Proculus bei Nennung der zufolge eines pactum de retrovendendo dem Verkäufer freistehenden zwei Klagen ebenfalls der actio ex vendito die actio praescriptis verbis unter dem schlichten Namen eines in factum iudicium entgegensetzt⁶⁹⁾.

Diese Erklärung zeigt uns — nebenbei bemerkt — den Weg, auf welchem die Römer das bei erweitertem Verkehr gewiß fühlbar gewordene Bedürfniß befriedigt haben, dem Verpfänder ein nach Zahlung der Pfandschuld mit Erfolg durchzusetzendes persönliches Klagerrecht auf Restitution der verpfändeten Sachen gegen den durch Cession

⁶⁷⁾ l. 7 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). Marcian. — Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recipere. Et si quidem ita venierit: ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam. — — ⁶⁸⁾ §. 235 ff. — — ⁶⁹⁾ l. 12 pr. D. praeser. verb. (19. 5).

des Pfandgläubigers in Besitz gelangten Cessionar zu verschaffen, obgleich auf das entschiedenste anerkannt ist, daß der Verpfänder keine *pignoratitia actio* aus dem mit dem Cedenten abgeschlossenen Pfandrealecontracte gegen den Cessionar richten könne⁷⁰⁾.

Die Uebergabe der verpfändeten Sachen vom Cedenten an den Cessionar erfüllt stets die doppelte Bestimmung, zunächst die Cession in einer ihrer Folgen zur Ausführung zu bringen, sodann die *causa* zu bilden für einen unbekannten Realcontract auf Rückgabe der Sache, sobald die Pfandschuld bezahlt worden. Die Uebergabe der verpfändeten Sachen vom Cedenten an den Cessionar stellt aber auch stets ihrer Natur nach anstatt des Cedenten den Verpfänder als diejenige Person dar, welche zur Rücknahme der durch Zahlung der Pfandschuld pfandfrei gewordenen Sachen berechtigt ist, enthält also mit anderen Worten stets das ausdrückliche oder stillschweigende Bedinge, daß die Pfänder nach Bezahlung der Pfandschuld vom Cessionar dem Verpfänder anstatt des Cedenten zurückgegeben werden. Da nun der Cedent ohne Zweifel verpflichtet ist, die durch den Realcontract gegen den Cessionar begründete *actio in factum praeser. verbis* dem nach Zahlung der Pfandschuld mit der *pignoratitia actio* auf Rückgabe der Pfänder gegen den Cedenten klagenden Verpfänder zu cediren⁷¹⁾, so muß dem Verpfänder dieselbe in *factum actio praescriptis verbis* des Cedenten auf Rückgabe der Pfänder gegen den Cessionar auch gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* ertheilt werden, weil der Cedent durch den der Uebergabe beigefügten Nebenvertrag erklärt hat, sein Rechtsinteresse an der directen *actio in factum praeser. verb.* zu Gunsten des Verpfänders aufgeben zu wollen.

Auf völlig sachgemäße Weise ist also dem Verpfänder, wie durch die *utilis pignoratitia actio* gegen den Pfandpfandgläubiger⁷²⁾, so durch die *utilis in factum actio praeser. verbis* gegen den Cessionar ohne Abweichung von den Grundsätzen des allgemeinen Rechts geholfen worden⁷³⁾. Daß aber das Verhältniß des Verpfänders zu einem etwaigen Quasiceffionar seines Pfandgläubigers kein anderes ist, als das Verhältniß zu einem wirklichen Cessionar desselben, bedarf wohl kaum der Bemerkung.

2. Javolenus lib. 13 Epistolarum⁷⁴⁾.

Partis tertiae usumfructum legavit: heredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt: et pecuniam, quae ex aestimatione

⁷⁰⁾ l. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). S. S. 92 zu not. 137, S. 446 zu not. 38. — — ⁷¹⁾ l. 5 §. 12 D. commod. (13. 6), l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5). — — ⁷²⁾ S. S. 445 ff. — — ⁷³⁾ Ähnliche Ausführungen bei Dernburg, Pfandrecht Th. 1 S. 155 ff., S. 564. — — ⁷⁴⁾ l. 10 D. praeser. verb. (19. 5). — cf. Heinecc. ad leg. Pap. et Popp. pag. 268.

partis tertiae fiebat, mulier accepit fruenti causa: et per ignorantiam stipulatio praetermissa est. Quaero, an ab herede mulieris pecunia, quae fruenti causa data est, repeti possit, et qua actione? Respondi, in factum actionem dari debere.

Nachdem ein namenloser Senatsbeschluss durch Einführung einer geeigneten Cautio den ususfructus omnium bonorum möglich gemacht hatte⁷⁵⁾, bestimmte ein Abschnitt der lex Papia Poppaea, welcher lex decimaria⁷⁶⁾ oder auch, weil er in mehrere Capitel zerfiel, leges decimariae⁷⁷⁾ genannt und erst von den Kaisern Honorius und Theodosius vollends aufgehoben wurde⁷⁸⁾: der eine Gatte dürfe auf den Todesfall des anderen Gatten vom Vermögen desselben nicht mehr, als ein Zehntel (decima) und außer dem Zehntel auch den Nießbrauch an einem Drittel empfangen (capere)⁷⁹⁾. Auf einen solchen vom vorverstorbenen Ehemanne seiner überlebenden Ehefrau an einem Drittel seines Nachlasses vermachten Nießbrauch bezieht sich unser Bruchstück, welches weiter voraussetzt, daß zunächst die für einen Fall dieser Art gesetzlich vorgeschriebene Schätzung des Nachlasses unternommen⁸⁰⁾, dann aber der Nachlaß mit dem übrigen Vermögen des Erben von den Gläubigern des Erben im Einzelnen verkauft worden (bona distracta sunt)⁸¹⁾, und aus dem Erlöse endlich der bedachten Ehefrau der durch die Schätzung ermittelte Werthbetrag ihres Nachlaß-Drittels zum Zwecke des Nießbrauchs in Gelde ausbezahlt sei. Dabei ist nicht angegeben, ob die Zahlung von den Gläubigern oder von den Erben geleistet worden; es versteht sich aber wohl von selbst, zumal bei der Zahlung die quassusufructuarische Cautio der Ehefrau einzufordern aus Unkunde unterlassen sein soll, daß mit dem Basilikenscholiasten Stephanus⁸²⁾ nicht der bankbrüchige Erbe, sondern

⁷⁵⁾ Der fragl. Senatsbeschluss muß schon vor oder unter Augustus erlassen sein, weil sonst die lex Pap. et Popp. seines ususfructus tertiae partis bonor. hätte erwähnen können. — cf. Galvan. de usufr. c. 3 §. 2. — Buchta, fl. Schriften S. 214. — Gewöhnlich wird das SCt. in spätere Zeiten verlegt. — cf. Glück, Commentar Bd. 9 S. 388 und die in not. 59 daselbst citirten Schriftsteller. — — ⁷⁶⁾ Thalelaeus in Schol. 2 zu Basil. XLV, 5 c. 2 (Heimb. IV, p. 544), cf. Heinecc. l. 1. p. 259. — — ⁷⁷⁾ Rubr. Cod. VIII, 58. — — ⁷⁸⁾ l. 2 C. de infirm. poen. coel. (8. 58). — — ⁷⁹⁾ Ulp. fr. XV. — cf. l. 48 D. de usur. (22. 1), Heinecc. l. 1. pag. 268 sq. — l. 43 D. de usu et usufr. leg. (33. 2). — Heinecc. l. 1. pag. 268 sq. — — ⁸⁰⁾ l. 62 — l. 67 D. ad leg. Falcid. (35. 2), cf. Heinecc. l. 1. pag. 262 sq. — — ⁸¹⁾ l. 5, l. 9 D. de curat. furios. (27. 10), l. 4 fin., l. 2 pr. D. de curat. bon. dando (42. 7). — Später pr. J. de success. subl. (3. 13), Theophil. h. l. — §. 1 J. de hered. qualit. (2. 19), l. 10 §. 1 C. de bon. auct. jud. poss. (7. 72). — — ⁸²⁾ Schol. 1 fin. zu Basil. XVI, 5 c. 5 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 109).

die durch die Verfallung der Masse in den Besitz der erforderlichen Mittel gelangten Gläubiger als Urheber der Zahlung zu denken sind.

Als später die Ehefrau stirbt, fragt sich, ob und eventuell mit welcher Klage gegen den Erben der Ehefrau die der Letzteren quasinießbrauchsweise zukünftig gewesenem Gelder zurückgefordert werden können. Auch hier ist wieder verschwiegen, ob die Gläubiger oder der Erbe des Ehemanns das Rückforderungsrecht auszuüben beabsichtigen. Gleichwohl kann es nicht zweifelhaft sein, daß es sich jetzt um ein Klagerrecht des Erben, nicht aber um ein Klagerrecht der Gläubiger handelt; denn wenn auch die Gläubiger berechtigt gewesen sein möchten, den Quasinißbrauch vor dem Einzelverkaufe des Vermögens bestellen zu lassen und darauf das eventuelle Rückforderungsrecht des Erben als ein allerdings veräußerliches Vermögensstück desselben zu verkaufen, um auch dessen Werth zu ihrer Befriedigung zu verwenden, so war dieses doch eben unterlassen worden, vielleicht weil schon die für das übrige Vermögen erlangten Preise zur Befriedigung der Gläubiger ausreichten. Die Gläubiger hatten vielmehr die Auszahlung der Gelder an die Quasiusufructuarin einfach als Geschäftsführer des Erben und Quasiproprietars besorgt, und als *fructu causa* Zahlende nicht sich selbst, sondern dem Erben und Quasiproprietar auf den Fall der Beendigung des Nießbrauchs die Rückgabe bedungen⁸³⁾.

Unter diesen Umständen gebührte dem Erben des Ehemannes nach dem Tode der Quasiusufructuarin gegen deren Erben zwar weder eine *actio ex stipulatu*, weil eine quasiusufructuarische Cautio nicht bestellt war, noch eine *condictio sine causa*⁸⁴⁾, weil das Geld von den Gläubigern im eignen Namen, nicht im Namen des Erben an die Quasiusufructuarin war übergeben worden⁸⁵⁾. Es gebührte ihm aber allerdings eine *actio in factum praescriptis verbis*; denn diese Klage steht jedem Quasiproprietar zu, welcher, ohne sich durch die quasiusufructuarische Cautio zu sichern, den Gegenstand des Quasiusufructus *fructu causa*, mithin nicht ohne Ausbedingung der nach Beendigung des Nießbrauchs erwarteten Rückgabe dem Quasiusufructuar übergeben hat, und wenn gleich die Klage im Fragefalle durch die von den Gläubigern im eignen Namen geschehene Hingabe des Geldes an die Quasiusufructuarin direct den Gläubigern erworben wor-

⁸³⁾ l. 44 D. de solut. (46. 3). Si ususfructus pecuniae numeratae legatus fuerit, evenit, ut una numeratione et liberetur heres ex testamento et obliget sibi legatarium. — l. 9 §. 4 D. ad exhib. (10. 4). l. 1 §. 17 D. ut legator. (36. 3). S. S. 501 f. Nr. 3. — — ⁸⁴⁾ l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rerum, quae (7. 5). — — ⁸⁵⁾ Eine etwas andere Erklärung versucht der Basilienschenolast Stephanus in Schol. 2 fin. zu Basil. XVI, 5 c. 5 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 109).

den war, so hatten doch die Gläubiger als Geschäftsführer des Quasiproprietars eine mit der *actio negotiorum gestorum directa* gegen sie geltend zu machende Verpflichtung zur Abtretung der erworbenen Klage übernommen⁸⁶⁾; sie hatten aber auch überdies sofort bei Eingehung des Realcontract's durch die dem Erben des Chemanns ausbedungene Rückgabe das eigne Interesse an dem Inhalt der Klage aufgegeben und insofern die *actio praeser. verb.* als *utilis actio* durch fingirte Cession auf den Erben des Chemanns übertragen.

Der auf diese Weise erst nach dem Verkaufe seiner Güter zum Erwerbe des Klagerechts gelangte Erbe des Chemanns war es also, dem Javolenus mit ausschließlicher Anwendung gemeinrechtlicher Grundsätze eine in *factum actio praescriptis verbis* zuzusprechen hatte⁸⁷⁾.

Damit hätten denn auch diese letzten beiden Bruchstücke ohne Heranziehung singulärer Rechtsätze ihre Erklärung gefunden und in der Kette der für unser Princip vorgeführten Beweise ein Paar keineswegs unwichtiger Glieder gebildet. Wir schließen damit unsere Beweisführung in der Hoffnung, daß die frühere Willkühr bei Auslegung der erörterten Stellen sich so leicht nicht wiederholen werde, sondern zum Mindesten die verschiedene Behandlung der Consensual- und Verbalcontracte auf der einen, und der benannten und unbenannten Realcontracte auf der anderen Seite als bleibender Gewinn errungen sei.

IX. *Utiles actiones* des Erbberechtigten, welchem der zur Restitution der Erbschaft verpflichtete Erbschaftsbesitzer Klagen zu cediren hat.

§. 47. Daß der Erbschaftsbesitzer, welcher die Erbschaft aus irgend einem Grunde herausgeben muß, verpflichtet ist, alle Klagen abzutreten, welche er in Bezug auf die Erbschaft und in Veranlassung derselben erworben hat¹⁾, ist allgemein anerkannt. Weniger anerkannt ist, daß derjenige, dem die Erbschaft herausgegeben wird, die abzutretenden Klagen auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utiles actiones* erlangt,

so oft der Erbschaftsbesitzer kein rechtliches Interesse hat, den Inhalt der Klagen sich vorzubehalten.

⁸⁶⁾ l. 2, l. 21 §. 3 D. de neg. gest. (3. 5). -- ⁸⁷⁾ l. 4 D. de curat. bon. dando (42. 7).

¹⁾ a. l. 73 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). -- b. l. 16 §. 4. 5. 7, l. 17, l. 18 pr., l. 20 §. 17, l. 30, l. 40 §. 2 D. de her. pet. (5. 3), l. 61 D. de admin. tut. (26. 7). -- c. l. un. §. 2 C. de reputat. quae fiunt (2. 48), l. 7 §. 5, l. 27 §. 1 D. de minor. (4. 4).

Gleichwohl läßt sich der Beweis dieses Satzes sehr bestimmt führen, mag die Erbschaft herausgegeben werden müssen wegen eines dem Erben auferlegten Erbschaftsfideicommisses oder wegen des dem Erbschaftsbesitzer mangelnden Erbrechts oder endlich, weil der Erbe sich auf gesetzlich zulässige Weise von der bereits erworbenen Erbschaft wieder losgemacht hat.

Beginnen wir mit dem Beweise für diejenigen Fälle, in denen der Grund der Erbschaftsrestitution

A. in dem Vorhandensein eines Erbschaftsfideicommisses liegt, so findet sich, als Anwendung obigen Grundsatzes, daß dem Erbschaftsfideicommissar als *utiles actiones* mittelst fingirter Cession diejenigen Klagen gebühren, welche der Erbschaftsfiduciar begründet hat, indem er hinsichtlich einer Erbschaftsforderung ein *constitutum* oder eine Bürgschaftsstipulation schloß; denn in beiden Fällen hat der Fiduciar in Bezug auf die Erbschaft Klagen erworben, die er zu cediren verbunden ist²⁾, und in keinem dieser Fälle hat er zum Zweck der Klagebegründung Auslagen aus eigenem Vermögen gemacht oder Verbindlichkeiten übernommen oder sonst rechtliche Gründe, den Inhalt der begründeten Klagen für sich zu behalten, doch aber umfaßt die Erbschaftsrestitution nicht Klagen dieser Art (*propriae actiones*), sondern nur die vom Erblasser herrührenden oder erbten Klagen (*hereditariae actiones*)³⁾. Es ist also nicht mehr, als billig, was folgende Stellen vorschreiben:

1. hinsichtlich des *constitutum*:

Paulus lib. 9 *Brevis Edicti*⁴⁾.

Si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. Idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem. Sed magis est, ut fideicommissario vel ei, qui vicit, decernenda esset actio.

Dem Fiduciar, welcher die Erbschaft einem Fideicommissar restituiren muß, ist hier der Erbschaftsbesitzer, welcher dem evincirenden

²⁾ l. 73 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — — ³⁾ l. 18 §. 2, l. 66 §. 2, l. 73 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1), l. 1 §. 26 D. si quid in fraud. patr. (38. 5). Ebenso ist es hinsichtlich der gegen den Erbschaftsfiduciar erst nach des Erblassers Tode begründeten Klagerichte, weshalb wegen deren ein Abzug oder eine Zuzüherung der Erbschaftsleistung nöthig wird. l. 36, l. 69, l. 78 §. 15 D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — — ⁴⁾ l. 22 D. de constit. pec. (13. 5), cf. Zitel. 54 zu Basil. XVI, 1 c. 25 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 76). — Rühlenthr., Cess. §. 37 Z. 419 ff. not. 402.

Erben die Erbschaft herauszugeben hat, gleichstellt. Beiden soll die directe Klage aus einem von ihnen über eine Erbschaftsforderung abgeschlossenen Schuldabkommen aus demselben Grunde versagt werden, aus welchem die Klage — wenn gleich erst nach vorgängiger Sachuntersuchung durch ein prätorisches Decret⁵⁾, so doch — ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* auf denjenigen, welchem die Erbschaft gebührt, übertragen wird; aus dem Grunde nämlich, weil demjenigen, welchem die Erbschaft gebührt, auch die dem Schuldabkommen zum Grunde liegende Forderung (*sortis petitio*) zusteht, und daher wohl der Letztere, nicht aber der Erstere, ein rechtliches Interesse hat, die Klage aus dem Schuldabkommen anstellen zu können.

2. hinsichtlich der Bürgschaftsstipulation:

Africanus lib. 7 Quaestionum ⁶⁾.

Heres a debitore hereditario fidejussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: fidejussoris obligationem in suo statu manere ait. Idemque in hac causa servandum, quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fidejussorem accepit. Ideoque in utraque specie transeunt actiones.

Auch hier sind wieder dieselben Grundsätze auf den Fideuciar im Verhältniß zum Erbschaftsfideicommissar, und auf den Erbschaftsbesitzer im Verhältniß zum evincirenden Erben oder bonorum possessor angewandt worden. Die erst nach des Erblassers Tode vom Fideuciar oder Civilerben zur Sicherung einer Erbschaftsforderung erworbene Bürgschaftsobligation soll nach der vom Fideuciar dem Fideicommissar und nach der vom Civilerben dem emancipirten Sohne des Erblassers als bonorum possessor geschehenen Erbschaftsrestitution in ihrem ursprünglichen Zustande verbleiben (in suo statu manere); was nicht bloß bedeutet, daß die Obligation nicht untergeht (Cujac's Meinung), sondern auch, daß sie mit der Erbschaft auf den Fideicommissar und bonorum possessor nicht übergeht⁷⁾. Wenn es nun beßungeachtet am Schlusse der Stelle heißt: *Ideoque in utraque specie transeunt actiones*: so fragt sich: Wie löst sich dieser scheinbare Widerspruch? Die Antwort geht einfach dahin, daß Africanus hier an den Uebergang der Klagen durch fingirte Cession gedacht hat und nur zu bemerken Willens gewesen ist: der Fideicommissar und bono-

⁵⁾ C. C. 193 f. — — ⁶⁾ l. 21 pr. D. de fidej. (46. 1), cf. Cujac. ad Afric. ad h. l. (opp. I, p. 1413 sq.). — Mühlenthr., Cess. §. 37 C. 420 not. 402. — — ⁷⁾ l. 66 §. 2 D. ad Scit. Trebell. (36. 1) in Verbindung mit l. 3 pr. D. pro soc. (17. 2): *Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent.*

rum possessor könnten die Klage aus der Bürgschaftstipulation zwar nicht auf Grund der Fiction: quasi heredes essent, wohl aber auf Grund der Fiction: quasi domini actionis essent, mit anderen Worten, nicht als prätorische Universalnachfolger des Erblassers, wohl aber als prätorische Singularsuccessoren des Civilerben geltend machen; denn auf diese Weise verharret wirklich einerseits die in der Person des Erbschaftsbefizers und Erbschaftsfiduciars begründete Klage als directa actio in ihrem ursprünglichen Zustande und wechselt doch andererseits als utilis actio die Person des Gläubigers. Der Wechsel geschieht aber ohne Zuthun des alten Gläubigers, weil dieser an dem Vorbehalt des Klaginhalts rechtlich nicht das mindeste Interesse hat.

Anderer steht die Sache, wenn sich der Erbschaftsfiduciar für eine Erbschaftsforderung ein Pfand hat bestellen lassen, weil er auch nach der Erbschaftsrestitution der actio pignoratitia directa des Verpfänders unterworfen bleibt⁸⁾ und zur Sicherung seiner etwaigen Gegenansprüche nicht bloß der pignoratitia actio contraria, sondern auch der hypothecaria actio bedürfen kann⁹⁾. Marcian schreibt daher im 13. Buche seiner Fideicommiss¹⁰⁾:

Si heres pecuniam hereditariam crediderit et in eam causam pignora acceperit: actiones non competunt ei, cui restituta fuerit hereditas, adversus ipsa pignora. sed aliqua dubitatio remanebit, si in eum contractum, qui ex defuncto fuerit interpositus, heres, antequam restitueret hereditatem, pignus acceperit: sed nec sic quidem ipse admitteretur ex fideicommisso; tamen habet adversus heredem actionem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem.

Marcian behandelt die zwei Fälle: erstens, wenn der Erbschaftsfiduciar Erbschaftsgeld ausgeliehen und für die so erst von ihm begründete Darlehnsforderung ein Pfand empfangen hat, zweitens, wenn derselbe für eine Erbschaftsforderung ein Pfand sich hat bestellen lassen. In beiden Fällen waren die Pfandklagen, als nicht zu den hereditariae actiones gehörig, in der Erbschaftsrestitution nicht inbegriffen, konnten vielmehr nur durch wirkliche oder fingirte Cession auf den Erbschaftsfideicommissar übergehen. Ob durch fingirte Cession, war im letzten Falle deshalb fraglich, weil der Erbschaftsfiduciar an dem Vorbehalte des Inhalts der Pfandklage allerdings ein Interesse, aber doch nur ein sehr entferntes In-

⁸⁾ l. 36 fin., l. 69, l. 73 §. 15 D. ad Scf. Trebell. (36. 1). — — ⁹⁾ S. S. 402, 423 f. — — ¹⁰⁾ l. 73 pr. D. ad Scf. Trebell. (36. 1). — Vgl. auch: bruch, Cess. §. 37 S. 420 not. 402.

teresse hat¹¹⁾; nichtsdestoweniger entscheidet sich Marcian für die strengere Consequenz, daß das Klagerecht bei der immerhin vorhandenen Denkbareit eines rechtlichen Interesses dem Erbschaftsfiduciar nicht ohne wirkliche Cession entzogen werden dürfe. Im ersten Falle herrschte nicht einmal ein Zweifel darüber, daß der Erbschaftsfiduciar, welcher auf seine Gefahr die Erbschaftsgelder ausgeliehen hatte¹²⁾, so wenig die in seiner Person begründete Darlehnsforderung, als die zu deren Sicherheit dienende Pfandklage ohne Cession an den Erbschaftsfideicommissar verlieren dürfe.

Der erste Fall wird nach Justinianischem Rechte noch ebenso entschieden werden müssen. Im zweiten Falle dürfte aber nach Analogie der dem Procurator für eine Darlehnsforderung des Geschäftsherrn geschehenen Pfandbestellung nunmehr auch dem Erbschaftsfideicommissar gleich durch fingirte Cession die hypothekarische Klage als *utilis actio* zu geben sein¹³⁾.

Fortsetzung.

§. 48. Hat die Erbschaftsrestitution ihren Grund

B. in dem mangelnden Erbrechte

des Erbschaftsbesizers, so haben uns die eben bei der Restitution des Erbschaftsfideicommisses erörterten Stellen schon belehrt, daß der Erbschaftsbesizer die zur Sicherung einer Erbschaftsforderung erworbenen Klagen aus dem Constitutum und der Bürgschaft durch fingirte Cession an den wahren Erben verliert, weil er an deren Vorbehalte kein rechtliches Interesse hat. Hinsichtlich des gutgläubigen Erbschaftsbesizers, welcher keine culpa prästirt, muß aber dasselbe auch in anderen Fällen Statt haben, in denen bei dem Erbschaftsfiduciar theils die Begründung von Klagerechten nicht einmal denkbar ist, wie bei der durch Erbschaftsgelder bestrittenen Bezahlung von Erbschaftsschulden, theils wegen der von ihm zu prästirenden culpa lata¹⁾ das rechtliche Interesse an dem Vorbehalte des Klagerechts nicht mangelt, wie bei der durch Erbschaftsgelder bewirkten Abführung von Vermächtnissen.

11) C. C. 429 not. 37. — — 12) l. 44 §. 1 D. ad Scit. Trebell. (36. 1) . scilicet, qua suo peri culo foeneravit. cf. l. 30 D. de her. pet. (5. 3). — — 13) C. C. 428 ff.

1) l. 22 §. 3, l. 58 §. 6 D. ad Scit. Trebell. (36. 1), l. 77 §. 18 D. de legat. II (31).

In der That ist denn auch gerade in diesen Fällen von den Rechtsquellen anerkannt, daß die für den Erbschaftsbefitzer begründete *condictio indebiti* ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* auf den ewincirenden Erben übergehe. Was indes

1. die Bezahlung von Erbschaftsschulden

betrifft, so muß zuvor bemerkt werden, daß dieselbe vom Erbschaftsbefitzer stets im eignen Namen geleistet wird ²⁾, mithin den wahren Erben nicht befreiet ³⁾. Der bösgläubige Erbschaftsbefitzer gewinnt dadurch aber doch keine *condictio indebiti*, weil er wissentlich eine Nichtschuld bezahlt ⁴⁾. Sein Recht beschränkt sich darauf, bei Restitution der Erbschaft das Gezahlte in Anrechnung zu bringen, wenn er dem wahren Erben *cautio defensum iri* gegen die etwa abermals Zahlung fordernden Erbschaftsgläubiger leistet ⁵⁾.

Der gutgläubige Erbschaftsbefitzer ist besser daran, da er durch die irrthümliche Zahlung einer Nichtschuld die *condictio indebiti* erwirbt ⁶⁾ und nach dem Grundsätze, aus der irrthümlichen Annahme eines Erbrechts weder Vortheil noch Nachtheil haben zu dürfen ⁷⁾, berechtigt ist, sofern wirkliche Erbschaftsschulden gezahlt sind, den wahren Erben bei Restitution der Erbschaft mit der Cession der *condictio indebiti* abzufinden ⁸⁾, während ihm dieses Recht versagt wird,

²⁾ l. 38 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), Schel. 3 zu Basil. XLII, 1 c. 31 pr. (Heimb. IV, p. 223). — Die verbreitete Meinung, daß der Erbschaftsbefitzer Erbschaftsschulden je nach Umständen bald suo bald hereditario nomine zahlen könne, ist falsch. Der Gegensatz zwischen suo nomine und hereditario nomine agere bedeutet nicht, daß der hereditario nomine Handelnde nicht zugleich suo nomine handle, sondern nur, daß der suo nomine Handelnde entweder lediglich suo nomine oder zugleich hereditario nomine handle. — cf. l. 93 pr. D. de solut. (46. 3), l. 20 pr. §. 1 D. de acquir. her. (29. 2), l. 36 §. 2 D. de her. pet. (5. 3), l. 55 §. 2 D. ad ScT. Trebell. (36. 1), l. 18 D. de her. vel act. (18. 4), l. 22 §. 3 D. de inoffic. (5. 2). — cf. Kämmerer in Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. Bd. 8 S. 193 ff. — ³⁾ l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 38 §. 2 D. de solut. (46. 3), cf. l. 28 D. mand. (17. 1), l. 82 D. de iure dot. (23. 3). — Ueber l. 50 §. 1 D. de her. pet. (5. 1) f. S. 480 not. 48, und über l. 49 D. de neg. gest. (3. 5) f. S. 479 f. — cf. Schel. 2 zu Basil. XIV, 1 c. 28 (Heimb. II, p. 113). — ⁴⁾ l. 1 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6). — Die Basil. XLII, 1 c. 31 pr. (Heimb. IV, p. 223) geben zwar auch dem mal. fid. possessor die *condictio*, scheinen aber corrumpt. — ⁵⁾ l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), cf. l. 31 D. ad ScT. Vellej. (16. 1), l. 29 §. 6 D. mand. (17. 1), Schel. 19 zu Basil. XIV, 1 c. 29 §. 6 (Heimb. II, p. 116). — ⁶⁾ l. 19 §. 1, l. 65 §. 9 D. de condict. ind. (12. 6), l. 5 C. eod. (1. 5), l. 25, l. 38 §. 2 fin. D. de solut. (46. 3), l. 16 §. 7, l. 17, l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 2 fin. C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19). — ⁷⁾ l. 25 §. 11, l. 28 D. de her. pet. (5. 3). — ⁸⁾ l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 20 §. 17 D. eod.

wenn er bloß eingebilddete Erbschaftsschulden bezahlt hat, welche er auch als wahrer Erbe nicht zu bezahlen gehabt hätte, weil nun nicht sowohl die irrthümliche Annahme eines Erbrechts, als die irrthümliche Annahme einer überall nicht vorhandenen Schuld die Ursache der Zahlung bildet⁹⁾. Da aber die Zahlungen, welche dem Erbschaftsbesitzer eine zur Abfindung des wahren Erben verwendbare *condictio indebiti* verschaffen, entweder aus Erbschaftsgelde¹⁰⁾ oder aus des Erbschaftsbesitzers eiguem Gelde bespritten sind, so wird der Erbschaftsbesitzer von der ihm zur Abfindung gestatteten Cession unbedingt nur im ersten Falle Gebrauch machen, dagegen im zweiten Falle erst für seine Auslagen aus der Erbschaft Ersatz zu erlangen versuchen¹¹⁾, und wenn dieser Versuch keinen Erfolg verspricht, sich vielmehr dadurch schadlos halten, daß er selbst die *condictio indebiti* geltend macht, die ihm ebendaher auch nirgends verweigert wird. Weil aber der gutgläubige Erbschaftsbesitzer im ersten Falle von der Cession der *condictio indebiti* unbedingt Gebrauch machen wird, so hat er überhaupt kein rechtliches Interesse, den Inhalt der als reine Bereicherung erscheinenden Klage sich vorbehalten zu sehen. Es wird ihm daher auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, die directe Klage versagt, um die *utilis actio* dem wahren Erben zu ertheilen.

Ulpian im 15. Buche zum Edict¹²⁾ schreibt in dieser Beziehung, nachdem er die *condictio indebiti* des Fragefalls als eine Bereicherung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers¹³⁾, mithin als einen durch Zahlung von Erbschaftsgeldern gemachten Erwerb dargestellt und den Erbschaftsbesitzer mindestens zur Cession verpflichtet erklärt hat:

Sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debet.

Die hier ausgesprochene Verpflichtung des petitor, gegen ihn gerichtete Klagen der vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer bereits bezahlten Erbschaftsgläubiger durch eine *exceptio* zurückzuweisen, kann sich nur

⁹⁾ l. 20 §. 18 fin. D. de her. pet. (5. 3), cf. l. 2 §. 7 D. de her. vel act. (18. 4), *Edict.* 1 fin. zu Basil. XLII, 1 c. 17. — *Edict.* 12–14 zu Basil. XLII, 1 c. 20 §. 17. 18. — *Edict.* 1 zu Basil. XLII, 1 c. 31 pr. (Heimb. IV, p. 203. 213 sq. 223). — l. 23 D. de neg. gest. (3. 5). — Eine weniger genaue Begründung s. bei Cujac. (opp. IV, p. 700 fin. und IX, p. 167) und bei Witte, Bereicherungssagen S. 125 ff. — ¹⁰⁾ l. 15 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6), l. 17, l. 60 D. de solut. (16. 3), l. 13 pr., l. 33 D. de mort. c. don. (39. 6), l. 81 D. de jure dot. (23. 3), l. 13 §. 1, l. 19 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1). — ¹¹⁾ l. 17 l. de her. pet. (5. 3), l. 4 §. 2. 3 D. si cui plus, quam (35. 3), *Edict.* 2 zu Basil. XLII, 2 c. 4 §. 1. 2 (Heimb. IV, p. 138). — ¹²⁾ l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 1). — ¹³⁾ verb.: et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere. — cf. l. 3 §. 1 D. de tribut. act. (14. 4).

auf einen Zeitpunkt beziehen, welcher der vom Erbschaftsbesitzer bethätigten Restitution der Erbschaft voran liegt. Sonst könnte es dem durch die Restitution allen Verpflichtungen gegen den petitor enthobenen Erbschaftsbesitzer gleichgültig sein, ob der petitor die Forderungen der bezahlten Erbschaftsgläubiger ablehnte oder abermals bezahlte. Nur die vom petitor vor erlangter Erbschaftsrestitution geschehene Bezahlung der bereits vom Erbschaftsbesitzer bezahlten Gläubiger kann dem petitor einen scheinbaren Grund gewähren, die vom Erbschaftsbesitzer gegen Cession der *condictio indebiti* verlangte Anrechnung der geleisteten Zahlung bei der Restitution zu verweigern; und dieser scheinbare Grund ist es, welchen Ulpian verwirft, indem er dem petitor schon vor erlangter Erbschaftsrestitution, mithin auch schon vor erlangter Cession der *condictio indebiti* die Pflicht zur Vorschüttung einer *exceptio* gegen die abermals Zahlung fordernden Gläubiger auferlegt. Ist es nun ferner klar, daß die vom petitor vorzuwendende *exceptio* nur auf die Thatsache der den Gläubigern bereits vom Erbschaftsbesitzer geleisteten Zahlung sich stützen kann, so folgt, daß die durch diese Zahlung dem Erbschaftsbesitzer erworbene *condictio indebiti* schon vor deren wirklicher Cession durch fingirte Cession auf den petitor übergegangen sein muß, um als *utilis actio* den klagenden Erbschaftsgläubigern gegenüber nach vorjustinianischem Rechte mittelst der *exceptio doli*, und nach justinianischem Rechte *ipso jure*, zur Compensation gebracht zu werden ¹⁴⁾. Uebereinstimmend ist der Ausdruck: *Sed et*, welcher den Uebergang von der wirklichen zur fingirten Cession richtig als Uebergang von einem Sache zu seinem Gegenstücke darstellt ¹⁵⁾. Uebereinstimmend sind ferner nachstehende, sonst — so viel ich sehe — jeder befriedigenden Erklärung sich entziehende Stellen:

a. Papinianus lib. 28 Quaestionum ¹⁶⁾.

Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit et tantum ad eum pervenit, quantum si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem: non potest dici fidejussores liberari. neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur.

Ein Gläubiger besitzt die Erbschaft des Schuldners und hat daraus so viel Geld in die Hände bekommen, als seine Forderung beträgt. Nun fragt sich, ob dieselbe getilgt, die Bürgen also befreiet seien. Papinian entscheidet: Wenn von irgend einem Dritten als vermeintlichem *bonorum possessor* an den Gläubiger gezahlt wäre, so würde das

¹⁴⁾ l. 23 §. 1 D. de *condict. ind.* (12. 6). — — ¹⁵⁾ cf. *Rechtstheorie*. 28. 4 C. 231 not. 135. — — ¹⁶⁾ l. 95 §. 8 D. de *solut.* (46. 3). — cf. *Cujac.* (opp. IV, p. 734 sqq.), auch *Stilling.* *Verrealeblikq.* 3. 114 not. 145.

zwar den wahren Erben und damit auch dessen Bürgen befreit haben. Allein wenn der Gläubiger zugleich Erbschaftsbefitzer sei, so könne man nicht annehmen, daß er sich selbst gezahlt habe. Werde ihm daher die Erbschaft abgestritten, so könne er immer noch seine Forderung gegen den wahren Erben und gegen die Bürgen geltend machen.

Um diese Entscheidung außer Widerspruch zu setzen mit des Pomponius Aussprüche, daß der vermeintliche *honorum possessor* ebenso, als der vermeintliche *Civilerbe* durch Zahlung einer Erbschaftsschuld nur eine *condictio indebiti* begründe, nicht aber den wahren Erben befreie, so kann die der Zahlung des vermeintlichen *honorum possessor* bei Papinian als Wirkung zugeschriebene Befreiung des wahren Erben und der Bürgen nicht anders erklärt werden, als daß die durch Zahlung für den *honorum possessor* begründete *condictio indebiti* ohne Weiteres durch fingirte Cession als *utilis actio* auf den wahren Erben übergegangen sei und denselben nebst Bürgen^{16 a)} von der Forderung des Erbschaftsgläubigers durch Compensation befreit habe. Dieser Annahme entspricht überdies der doppelte Umstand, daß nicht bloß hinsichtlich desjenigen Gläubigers, welcher zugleich die Erbschaft besitzt, sondern auch hinsichtlich des dritten Gläubigers der Empfang von Erbschaftsmitteln vorausgesetzt wird, und daß nach dem Schlusse des Bruchstücks der selbst in Besitz der Erbschaft befindliche Gläubiger nicht so angesehen werden soll, als ob er an sich selbst Zahlung geleistet hätte. Die entgegengesetzte Anschauung würde nämlich zu der Annahme führen, daß dieselbe Person in ihrer Eigenschaft als zahlender *honorum possessor* gegen sich selbst in ihrer Eigenschaft als empfangender Erbschaftsgläubiger eine *condictio indebiti* begründet hätte, welche sofort durch fingirte Cession auf den wahren Erben übertragen wäre, so daß der Erbschaftsgläubiger mit seiner Forderung anstatt gegen die *hereditatis petitio*¹⁷⁾, vielmehr gegen die *utilis condictio indebiti* des wahren Erben zu compensiren hätte; eine Annahme, welche dem Grundsatz widerspricht, daß von Fiktionen nur zu praktischen Zwecken Gebrauch gemacht und die Fiktion einer Fiktion völlig ausgeschlossen werden soll¹⁸⁾.

b. Imp. Antoninus A. Posthumianae¹⁹⁾.

De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronunciatum est, in restitutione ejus detrahatur, quod cre-

^{16 a)} l. 4 D. de compens. (16. 2). — — ¹⁷⁾ l. 21 §. 2 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 48 D. de solut. (46. 3), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3). — — ¹⁸⁾ Schol. 4. 5 zu Basil. XIV, 1 c. 12 pr. §. 1—3 (Heimb. II, p. 91 sq.) in Verbindung mit l. 12 §. 2 D. mand. (17. 1). — — ¹⁹⁾ l. 5 C. de her. pet. (3. 31). — Cujac. opp. IX, p. 167 sqq.

ditoribus ejusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest. — P. P. 6 Cal. Jun. Antonino A. 4 et Balbino Coss. — 214.

Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, welcher im Erbschaftsprozesse unterlegen ist, soll dem wahren Erben bei der Erbschaftsrestitution anrechnen dürfen, was er den Erbschaftsgläubigern gutgläubig (bona fide) gezahlt zu haben nachweist, weil das Gezahlte den Erbschaftsgläubigern, welche das Ihrige empfangen, nicht wieder abgefordert werden kann. Diese Entscheidung ist unter der hier vom Kaiser, wie anderwärts von Julian²⁰⁾ stillschweigend verstandenen Voraussetzung, daß die Zahlungen aus der Erbschaft geleistet worden, vollkommen zutreffend, obgleich ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian²¹⁾ im Einklange mit anderen Quellenzeugnissen²²⁾ ausdrücklich besagt, es sei non incerti juris, daß dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer gegen die bezahlten Erbschaftsgläubiger ein Rückforderungsrecht zustehen. Die ursprüngliche Zuständigkeit dieses Rückforderungsrechts in der Person des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers ist nämlich die unerläßliche Vorbedingung für die auf den siegreichen Erben durch fingirte Cession zu übertragende utilis actio, und diese utilis actio des siegreichen Erben ist wieder der Grund, warum der unterlegene Erbschaftsbesitzer einerseits gegen diejenigen Erbschaftsgläubiger, welche das Ihrige empfangen (suum receperunt), d. h. keine bloß eingebilbete, sondern eine wirkliche Erbschaftsschuld bezahlt erhielten²³⁾, seine directa actio geltend zu machen behindert²⁴⁾, andererseits das Gezahlte bei der Restitution dem siegreichen Erben anzurechnen befugt ist, da dieser durch Compensation der utilis condictio von den Erbschaftsschulden sich zu befreien vermag²⁵⁾. Der Erbschaftsbesitzer muß indeß nicht schon vor der Zahlung, etwa durch den gegen ihn begonnenen Erbschaftsprozess, in malam fidem versetzt worden sein²⁶⁾, sondern bona fide gezahlt haben; denn die vom Erbschaftsbesitzer trotz bösen Glaubens nicht im Namen des wahren Erben, sondern im eignen Namen geleistete Zahlung würde nicht geeignet sein, weder den wahren Erben ipso jure zu befreien²⁷⁾, noch für den Erbschaftsbesitzer als wißentlichen Zahler einer Nichtschuld eine condictio indebiti zu begründen^{27 a)}. Ohne directa condictio könnte der Erbschaftsbesitzer aber keine utilis

²⁰⁾ l. 6 §. 2 D. de reb. anctor. jud. possid. (42. 5). — E. S. 487 ff. —

— ²¹⁾ l. 5 C. de conduct. ind. (4. 5). — — ²²⁾ E. S. 471 not. 6. — —

²³⁾ E. S. 472 not. 9. — — ²⁴⁾ l. 16 pr. D. de pact. (2. 14), l. 28 D. de procur. (3. 3). — — ²⁵⁾ E. S. 274 not. 17. — — ²⁶⁾ l. 20 §. 11 D. de her. pet. (5. 3). — — ²⁷⁾ E. S. 271 not. 3. — — ^{27 a)} E. S. 271 not. 4.

actio auf den wahren Erben übertragen, mithin auch nicht berechtigt sein, die geleistete Zahlung bei der Restitution der Erbschaft in Abzug zu bringen.

Diese ungesuchte Erklärung macht ebensowohl die den Worten widerstreitende Beziehung des Rescripts auf Zahlungen während des Erbschaftsprozesses²⁸⁾, als die überhaupt unrichtige Unterscheidung zwischen Zahlungen, welche der Erbschaftsbesitzer suo oder hereditario nomine geleistet haben soll²⁹⁾, oder gar die Annahme einer irrthümlichen Anwendung der l. 44 D. de condict. ind. (12. 6.)³⁰⁾ völlig entbehrlich und stellt zugleich das erforderliche Ebenmaß zwischen der Behandlung der vom vermeintlichen Erben bezahlten Erbschaftsschulden und der von demselben bezahlten Vermächtnisse her, ist also gewiß allen den mißlichen Wendungen vorzuziehen, durch welche man sonst den Inhalt des Rescripts mit anderweit feilschenden Rechtsätzen zu vereinigen bemüht gewesen ist, und bestätigt dann auch die uns zum Beweise obliegende Behauptung, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer diejenige *condictio indebiti*, welche er durch die mit Erbschaftsgelde bestrittene Zahlung von Erbschaftsschulden erworben hat, sofort durch fingirte Cession an den wahren Erben verliert.

2. Die Bezahlung von Vermächtnissen.

Hier kann der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nach dem Grundsatz, von der irrthümlichen Annahme des Erbrechts weder Vortheil noch Nachtheil haben zu dürfen³¹⁾, nicht bloß, wenn Vermächtnisse gezahlt sind, die auch der wahre Erbe zu zahlen hat, sondern auch, wenn Vermächtnisse gezahlt sind, die nur er selbst, wenn er wahrer Erbe wäre, zu zahlen hätte, den wahren Erben bei Restitution der Erbschaft unter Abzug des Gezahlten mit der Cession der durch die Zahlung erworbenen *condictio indebiti* abfinden³²⁾, weil alle diese Zahlungen in der irrthümlichen Annahme des Erbrechts ihren Grund haben. Ablehnen darf also der wahre Erbe die Cession der *condictio indebiti* statt sonstigen Ersatzes nur in dem einzigen Falle, wenn Vermächtnisse gezahlt sind, die nicht einmal der vermeintliche Erbe, wenn er wahrer Erbe gewesen wäre, zu zahlen gehabt hätte; denn solche Zahlungen

²⁸⁾ cf. Kämmerer in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 8 S. 196 ff. — —

²⁹⁾ cf. Cujac. ad l. 5 C. cit. in Comm. ad Cod. III, 31 (opp. IX, p. 168). — Donelli comm. XIX, 15 §. 23 (ed. Bucher XII, p. 466). — Vergl. S. 471 not. 2. — — ³⁰⁾ Chambon, neg. gest. S. 150 ff. — v. Bangerow, Zeitsfaden II, §. 508 Anm. II. — — ³¹⁾ S. S. 471 not. 7. — — ³²⁾ l. 16 §. 7 D. de her. pet. (5. 3) [über deren Text s. v. Buchholz in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 12 S. 140 ff.]. — l. 17 D. eod. — l. 3 D. de condict. ind. (12. 6), l. 36 §. 2 D. de testam. mil. (29. 1). — Basil. XLII, 1 c. 16 §. 7 u. c. 17 mit Scholien (Heimb. IV, p. 202).

beruhen allerdings auf einem Irrthum, der von der irrthümlichen Annahme des Erbrechts völlig unabhängig ist ³³⁾.

Da aber Zahlungen der letzteren Art im Leben sehr selten vorkommen, so ist in den Rechtsbüchern nur von Zahlungen der ersteren Art die Rede. Namentlich wird bei Zahlungen der ersteren Art die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen zur Uebertragung der vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer erworbenen *condictio indebiti* auf den wahren Erben wirkliche Cession erfordert werde oder schon fingirte Cession genüge, ohne Unterscheidung der auch vom wahren Erben und der nur vom vermeintlichen Erben, wenn er wahrer Erbe wäre, zu zahlenden Legate und Fideicommissen dahin beantwortet, daß das erste oder zweite der Fall sei, je nachdem der vermeintliche Erbe aus eignem oder erbschaftlichem Vermögen die Zahlung bestritten habe, mithin bei dem Verbehalte der Klage rechtlich interessirt sein könne, oder nicht.

Beweis dafür ist nicht nur, daß alle diejenigen Stellen, welche einer aus des Erbschaftsbesitzers eignem Vermögen bestrittenen Zahlung erwähnen, wirkliche Cession fordern ³⁴⁾, sondern auch, daß diejenigen Stellen, welche — zum Theil mit Beziehung auf Rescripte der Kaiser Hadrian und Antonin des Frommen — die fingirte Cession zulassen ³⁵⁾, wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend eine Zahlung aus erbschaftlichem Vermögen voraussetzen. Was den letzten Punkt betrifft, so ist es nämlich theils an sich natürlich, die Zahlung, so oft nicht das Gegentheil hervorgehoben ist, als aus der Erbschaft geleistet anzunehmen, theils wird diese Annahme in mehreren der betreffenden Stellen noch durch besondere Gründe entschieden unterstützt. Oder sollte wohl z. B. ein Ulpian'sches Bruchstück ³⁶⁾, welches im Fall der Rescission eines pflichtwidrigen Testaments die vom besiegten Erbschaftsbesitzer gezahlten Legate als schlechthin ungültig ³⁷⁾ zurückfordern läßt:

aut ab eo, qui solvit, aut ob eo, qui obtinuit,

mit dem Zufüge:

et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit.

³³⁾ Edict. 1. Abs. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 17 (Heimb. IV, p. 203). — —

³⁴⁾ 1. 16 §. 7, 1. 17 D. de her. pet. (5. 3), 1. 4 §. 2 D. si cui plus, quam (35. 3). — — ³⁵⁾ 1. 8 §. 16 D. de inoffic. test. (5. 2), 1. 2 §. 1, 1. 3, 1. 4 D. de condict. ind. (12. 6), 1. 36 §. 2 D. de testam. mil. (29. 1), cf. Cujac. (opp. IV, p. 1074). — — ³⁶⁾ 1. 8 §. 16 D. de inoffic. test. (5. 2). — — ³⁷⁾ 1. 8 §. 16 D. de inoffic. test. (5. 2) . . libertates ipso jure non valent, nec legata debentur. — cf. 1. 3 pr. D. de pign. et hyp. (20. 1), 1. 50 §. 1 D. de legat. I (30), 1. 17 §. 1 D. de inoffic. test. (5. 2), 1. 14 D. de appell. (49. 1). — Nicht widersprechend ist 1. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2).

die Rückforderung der vor dem Proceſſe gezahlten Vermächtniſſe an den Sieger oder an den Beſiegten nach einer anderen Rückſicht vertheilt haben, als je nachdem der Beſiegte aus eigenem Vermögen oder — wie gewöhnlich — aus der Erbschaft gezahlt hat? — Gewiß um ſo weniger, als Ulpian, weil die Vermächtniſſe faſt immer aus Erbschaftsmitteln bezahlt werden, faſt wegen aller vor dem Proceſſe geleisteten Zahlungen die *condictio* dem Sieger beilegt, Papinian aber in einem anderen Bruchſtücke³⁸⁾ für die Zuthheilung der *utiles actiones* an den ewincirenden Erben den Grund anführt:

scilicet, quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur. nec periculum hujusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.

Denn wenn der Uebergang der *condictio indebiti* vom gutgläubigen Erbschaftsbeſitzer auf den wahren Erben dadurch gerechtfertigt wird, daß der gutgläubige Erbschaftsbeſitzer zwar bis zur Bereicherung, aber auch — ohne culpa — nur bis zur Bereicherung haſte, ſo kann dabei unmöglich an Zahlungen gedacht ſein, welche der Erbschaftsbeſitzer aus eigenem Vermögen beſtritten hat, weil die durch ſolche Zahlungen erlangte *condictio* nichts weniger als reicher gemacht haben würde.

Wiefern übrigens die Statthaftigkeit von *utiles actiones* für den wahren Erben bei Ulpian überdies davon abhängig gemacht iſt, daß nicht während des Erbschaftsprozesses gezahlt worden, ſo iſt das identisch mit der Vorausſetzung Papinians, daß die Zahlung *sine culpa* geleistet ſei. Beides bezieht ſich darauf, daß Zahlungen, welche vom Erbschaftsbeſitzer nach dem Beginne des Erbschaftsprozesses geleistet werden, nicht mehr auf eine irrthümliche Erbrechtsannahme zurückzuführen ſind, daher weder die *condictio indebiti* begründen³⁹⁾, noch den Erbschaftsbeſitzer, beſonders wenn ſie auf Vermächtniſſe geleistet ſind, die nur der Erbschaftsbeſitzer, wenn er wahrer Erbe wäre, zu zahlen hätte, der wahre Erbe aber überall nicht zu zahlen hat, von dem Vorwurfe der Fahrläſſigkeit oder gar des *dolus* befreien⁴⁰⁾.

Der Erbschaftsbeſitzer iſt alſo ſo wenig im Stande, durch wirkliche oder fingirte Cession eine *condictio indebiti* zu übertragen, als überhaupt berechtigt, die nachtheiligen Folgen der Zahlung auf den ſiegreichen Kläger abzuwälzen. Die einzige Sicherung vor der aus der

³⁸⁾ l. 3 D. de condict. ind. (12. 6). — — ³⁹⁾ l. 17 D. de her. pet. (5. 3), Schöf. 1 zu Basil. XLII, 1 c. 17 (Heimb. IV, p. 202 sq.), l. 4 §. 2 D. si cui plus, quam (35. 3), l. ult. §. 1 C. de her. pet. (3. 31). — — ⁴⁰⁾ l. 4 §. 2 D. si cui plus, quam (35. 3), l. 17 D. de her. pet. (5. 3), l. 41 D. ad leg. Falcid. (35. 2).

Zahlung ihm selbst erwachsenden Gefahr besteht in dem Rechte, vom Empfänger Cautio zu verlangen, daß im Fall der Erbschaftsdeviction das Empfangene werde zurückgezahlt werden ⁴¹⁾.

Mit diesem Ergebnis sieht der Ausspruch African's ⁴²⁾, daß dem vermeintlichen Erben, welcher auf Grund eines Legats ihm selbst gehörige Sachen bezahlt hat, eine actio negotiorum gestorum contraria gegen den wahren Erben gebühre, nicht im Widerspruch, weil ein auch vom wahren Erben zu zahlendes Legat gezahlt sein soll und der Grund für die Statthaftigkeit der Geschäftsführungsfrage in die durch die Zahlung bewirkte Befreiung des wahren Erben gesetzt wird. Denn da selbst in dem Falle, wenn der vermeintliche Erbe aus eigenem Vermögen Legate bezahlt, welche auch der wahre Erbe zu bezahlen hat, die im eignen Namen des vermeintlichen Erben geschehene Zahlung weder den wahren Erben ipso jure befreien ⁴³⁾, noch für den vermeintlichen Erben die actio negotiorum gestorum contraria begründen kann ⁴⁴⁾, vielmehr für den vermeintlichen Erben die condictio indebiti hervorbringen muß, deren fingirte oder wirkliche Cession den wirklichen Erben höchstens mittelst der nach vorjustinianischem Rechte ope exceptionis herbeizuführenden Compensation befreit haben würde ⁴⁵⁾: so ist der Ausspruch African's nicht anders zu rechtfertigen, als wenn der vermeintliche Erbe durch die Zahlung eine vermöge fingirter Cession ihm nicht zu entziehende condictio indebiti erhalten, diese condictio aber später durch die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, das früher im eignen Namen Gezahlte nunmehr im Namen des wahren Erben gezahlt haben zu wollen, zu Gunsten des wahren Erben aufgegeben ⁴⁶⁾, und auf diese Weise eine Geschäftsführung für den wahren Erben betätigt hat, welche der Zahlung eine den wahren Erben ipso jure befreiende ⁴⁷⁾ und ebendaher den vermeintlichen Erben zur actio nego-

⁴¹⁾ l. 17 D. de her. pet. (5. 3), l. 3 §. 6, l. 4 pr. §. 2. 3 D. si cui plus, quam (35. 3), l. 12 pr. C. de her. pet. (3. 31). — ⁴²⁾ l. 49 D. de neg. gest. (3. 5). — ⁴³⁾ C. C. 471 not. 3. — ⁴⁴⁾ l. 33 fin. D. de condict. ind. (12. 6), l. 48 D. de reiv. (6. 1), l. 2 C. Gregor. de reiv. (3. 3) in Verbindung mit l. 14 §. 11 D. de religios. (11. 7), l. 9 §. 4 D. de reb. auctor. judic. poss. (42. 5), l. 29 pr., l. 14 §. 1 D. comm. div. (10. 3). — Ueber die scheinbar entgegenstehende l. 6 §. 3 D. de neg. gest. (3. 5) vergl. Witte, Bereicherungsfragen C. 22 ff. — ⁴⁵⁾ C. C. 472 ff. — ⁴⁶⁾ cf. l. 15 D. de reb. cred. (12. 1), l. 43 §. 1, l. 58 §. 1, l. 77 D. de jure dot. (23. 3), l. 9 pr. D. de fundo dot. (23. 5). — ⁴⁷⁾ Die Scholie 3 zu Basil. XLII, l. c. 31 pr. (Heimb. IV, p. 223) scheint denselben Sinn auszudrücken, indem sie schreibt: *ὅτι σοὸ νόμιμα καταβαλὼν ὁ νομὸς ἐλευθεροῖ τὴν πληρονομίαν*, daß der Beisitzer, welcher im eignen Namen gezahlt hat (*καταβαλὼν*, Vergangenheit), die Erbschaft befreiet (*ἐλευθεροῖ*, Gegenwart).

tiorum gestorum contraria berechtigende Wirkung zu verschaffen vollkommen geeignet ist⁴⁸⁾.

Der Ausspruch *Africans* enthält also keine Widerlegung, sondern eine Bestätigung der von uns entwickelten Regel.

Es ist nunmehr nachgewiesen, daß der im Erbschaftsprozesse überwundene Erbschaftsbesitzer nicht bloß alle in eigener Person in Bezug auf die Erbschaft und in Veranlassung derselben erworbenen Klagerrechte dem Sieger zu cediren verpflichtet ist, sondern auch diejenigen Klagerrechte, welche er als gutgläubiger Erbschaftsbesitzer aus einem für eine Erbschaftsforderung abgeschlossenen Schuldbabkommen oder Bürgschaftsvertrage, oder durch die mit Erbschaftsgelbe indebite geleisteten Zahlungen von Erbschaftschulden und Vermächnissen erworben hat, gleich durch fingirte Cession als *utiles actiones* an den Sieger abzugeben nicht umhin kann. Wir würden danach als feststehend betrachten, daß

⁴⁸⁾ Vergl. Unterholzner, Schuldverh. Th. 1 §. 628 not. 610. — *Rechtsleric*. Bd. 10 S. 381 not. 132. — *Sintenis*, Civilr. Th. 2 §. 114 not. 24 S. 585. — *Großkopf*, Retentionstr. S. 103 ff. — Andere weniger befriedigende Erklärungen unter anderen bei *Kämmerer* in *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* Bd. 8 S. 341 ff. — v. *Vangerow*, *Leitsaden* Th. 3 §. 664 not. II. — *Ghambon*, *neg. gest.* S. 150 ff. — *Witte*, *Vereicherungsfl.* S. 28 f. — Auch die l. 50 §. 1 D. de her. pet. (5. 3) ist m. E. so zu erklären, daß das anfängliche *negotium quasi hereditarium* später durch eine vom Erbschaftsbesitzer im Namen des Erben vollzogene Handlung in ein Geschäft des Erben umgewandelt worden ist. Hat nämlich der Erbschaftsbesitzer ein nach den Anordnungen des Erblassers auch vom wahren Erben als Bedingung des Erbschaftserwerbs zu errichtendes Grabmal *conditionis implendae gratia* dem Willen des Erblassers entsprechend errichtet, so hat er dieses *negotium quasi hereditarium* zwar im eignen Namen, auf eigne Rechnung und aus eigner Vermögen besorgt, gleichwohl aber durch diese Besorgung bei der ausnahmsweise unausführbaren *condictio causa data c. n. s.* oder *sine causa* den Willen des Erblassers unwiderruflich erfüllt und diese Erfüllung später im Einverständnisse mit dem wahren Erben in dessen Namen geleistet haben zu wollen, dadurch erklärt, daß er dem wahren Erben, welcher ohne eigne Errichtung eines Grabmals die Erbschaft fordert, mithin die fremde Leistung als Erfüllung der seinem Erbschaftserwerbe geschehen Bedingung sich aneignet, in dieser Aneignung durch die Restitution der Erbschaft entgegengekommen ist. Der wahre Erbe, welcher auf diese Weise von einer zwar nicht durch die ordentlichen Gerichte, wohl aber durch die höchste weltliche oder kirchliche Gewalt zu erzwingenden Obliegenheit durch den Erbschaftsbesitzer befreit worden war, konnte daher füglich der *actio negot. gestor. contraria* des Erbschaftsbesitzers unterworfen werden. cf. l. 61 D. de solut. (46. 3), *Großkopf* a. a. D. S. 106 ff. — *Fenzner* l. 14 §. 11, l. 32 pr. D. de religios. (11. 7) in Verbindung mit l. 43 fin. D. eod. und l. 1 §. 6 D. de mortuo infer. (11. 8).

auch hier die Zulässigkeit fingirter Gession davon abhängt, ob der Begründer der directen Klagerrechte an dem Vorbehalte des Inhalts derselben rechtlich interessirt sei, oder nicht, wenn nicht zuvor noch die Zweifel zu beseitigen wären, welche durch folgendes Bruchstück angeregt werden könnten, obgleich dasselbe bei genauerer Prüfung nur scheinbar widersprechend, in Wahrheit aber bestätigend ist.

Modestinus lib. 1 Responsorum ⁴⁹⁾.

Cum alicui civitati per fideicommissum restitui jussa esset hereditas, Magistratus actores horum bonorum Titium et Sejum et Cajum idoneos creaverunt: postmodum hi actores inter se diviserunt administrationem bonorum, idque egerunt sine auctoritate et sine consensu ⁵⁰⁾ Magistratum; post aliquod tempus testamentum, per quod restitui civitati hereditas fideicommissa esset, irritum probatum est pro tribunali: atque ita ab intestato Sempronius legitimus heres defuncti extitit: sed ex his actoribus unus non solvendo decessit; et nemo heres ejus extitit. Quaero, si Sempronius conveniet actores horum bonorum, periculum inopis defuncti ad quos pertinet? Herennius Modestinus respondit: quod ab uno ex actoribus ob ea, quae solus gessit, negotiorum gestorum actione servari non potest, ad damnum ejus, cui legitima hereditas quaesita est, pertinere.

Einer Stadtgemeinde ist ein Erbschaftsfideicommiß ausgesetzt, mit dessen Verwaltung die Magistratsmitglieder drei vermögende Personen, Titus, Sejus und Cajus beauftragen, welche ihrerseits wieder ohne Zustimmung der Magistratsmitglieder die Verwaltung unter sich theilen. Nach einiger Zeit wird das Testament, worin das Fideicommiß angeordnet worden, in einem gegen die Stadtgemeinde als Universal-fideicommissarin geführten Erbschaftsprozesse ⁵¹⁾ für ungültig erklärt und die Erbschaft dem Sempronius als Intestaterben zuerkannt. Als nun Einer der Administratoren des Erbschaftsfideicommisses zahlungsunfähig und erblos verstorbt, verklagt Sempronius die anderen beiden Administratoren mit der actio negotiorum gestorum, wird aber insoweit, als er die Verstorbenen auch wegen der Verbindlichkeiten des verstorbenen Collegen verantwortlich machen will, zurückgewiesen mit dem

⁴⁹⁾ l. 26 D. de neg. gest. (3. 5), cf. Cujac. in lib. I Respons. Modestini (opp. VI, p. 637 sq.). — — ⁵⁰⁾ Diefelbe Redeweise findet sich in der Titelfüberschrift zu Dig. 26. 8. — De auctoritate et consensu tutorum et curatorum. — — ⁵¹⁾ Schmid. 1 zu Basil. XVII, 1 c. 25 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. pag. 144 sq.) in Verbindung mit l. 13 §. 5. 6 D. de her. pet. (5. 3).

Schmid, Gessionslehre.

Bemerken, daß er den durch des Verstorbenen ausschließliche Verwaltung gestifteten Schaden allein zu tragen habe.

Diese Entscheidung wird meistens so aufgefaßt, als ob Sempronius die der Stadtgemeinde gegen die ernannten *actores* zustehende *negotiorum gestorum actio* angestellt habe, wiewohl ihm dieselbe nicht cedirt worden war. Danach wäre dann allerdings anzunehmen, daß auf den wahren Erben durch fingirte Cession auch solche in der Person des gutgläubigen Erbschaftsbesizers entstandene Klagerechte übergingen, an deren Vorbehalte der Erbschaftsbesizer möglicher Weise ein rechtliches Interesse hat, da ja z. B. im Fragefalle die der *actio negotiorum gestorum directa* beraubte Stadtgemeinde aus demselben Rechtsgrunde der *negotiorum gestio* etwa wegen Auslagen der Administratoren einer *actio negotiorum gestorum contraria* derselben kann ausgesetzt gewesen sein. Allein die ganze Auffassung ist unrichtig. Sempronius hat gegen die Administratoren nicht eine aus dem Rechte der Stadtgemeinde abgeleitete (*utilis actio*), sondern eine in seiner eignen Person ursprünglich und direct entstandene Geschäftsführungsklage (*directa actio*) angestellt. Obgleich nämlich die Administratoren Geschäfte der Stadt zu verwalten vermeinten, so hatten sie doch in Wirklichkeit die Geschäfte des Erben Sempronius verwaltet, waren daher trotz ihres Irrthums dem Sempronius als wahrem Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung direct verpflichtet⁵²⁾; eine Verpflichtung, die indeß keine solidarische Verhaftung der Administratoren begründete, sondern einen Jeden nur für dasjenige, was er selbst als Verwalter gethan hatte, verantwortlich machte und vollkommen das *Responsum Modestini* rechtfertigt, daß jeder *actor* für die von ihm allein besorgten Geschäfte auch allein belangt werden könne, und daß mithin der Schaden, welchen die insolventen *actores* gestiftet hätten, auf dem Sempronius haften bleibe.

Von diesem Standpunkte aus ist das *responsum Modestini* auch leicht zu vereinigen mit einem scheinbar abweichenden *responsum*, welches Paulus zwar nicht gerade im Verhältniß des wahren Erben zum gutgläubigen Erbschaftsbesizer, aber doch sonst in mancher Beziehung unter ähnlichen Umständen abgegeben hat⁵³⁾. Danach sollen einem Pupillen, welcher als *suus heres* die väterliche Erbschaft erst ausgeschlagen, nachher durch kaiserliche Restitution wiedererlangt hat, gegen sogenannte *curatores bonorum*, welche von den Magistratsmitglie-

⁵²⁾ l. 31 §. 1, l. 6 §. 8, l. 45 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5) in Verbindung mit l. 6 §. 1 D. de offic. praes. (1. 18), l. 14 §. 1, l. 29 pr. D. com. div. (10. 3). — — ⁵³⁾ l. 46 §. 1 D. de adm. et peric. tut. (26. 7), cf. Cujac. in lib. IX Respons. Pauli (opp. VI, p. 551 sq.).

bern einer wegen Forderungen an den Erblasser in das Vermögen desselben durch den Prätor eingewiesenen Stadtgemeinde mit ungetheilter Verwaltung beauftragt worden sind, gleichwohl aber ohne Einwilligung der Magistratsmitglieder die Verwaltung unter sich getheilt und während der Verwaltung zum Theil sich bankrott erklärt haben, Klagen decretirt sein mit der Wirkung, daß für die zahlungsunfähigen Curatoren zwar nicht deren zahlungsfähige Kollegen, wohl aber die Magistratspersonen verantwortlich gemacht werden, weil bei ungetheilter Verwaltung mehrerer städtischer Beamten nicht, wie bei ungetheilter Verwaltung mehrerer Interen, die Kollegen vor den ernennenden Behörden⁵⁴⁾, sondern die ernennenden Behörden vor den Kollegen haften.

Beide Entscheidungen stimmen darin überein, daß sie den Administratoren die Last, für den zahlungsunfähigen Kollegen Ersatz zu leisten, abnehmen, weichen aber darin von einander ab, daß der Schaden dort vom klagenden Erben, hier von den Magistratspersonen getragen werden soll. Worin liegt der Grund dieser Abweichung? Nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, darin, daß dort die Insolvenz erst nach Eviction der Erbschaft, hier schon vor der kaiserlichen Restitution eingetreten sei, also dort, nicht hier, dem Intestaterben vorgeworfen werden könne, gegen die zahlungsunfähigen Administratoren nicht früher geklagt zu haben⁵⁵⁾. Denn so richtig es sein mag, für den erst nach Eviction der Erbschaft zahlungsunfähig gewordenen Administrator unter allen Umständen weder dessen Kollegen, noch die Magistratsmitglieder aufkommen zu lassen, so gewiß ist doch auch, daß einerseits Modestin den späteren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, der noch dazu von den beklagten Kollegen hätte bewiesen werden müssen⁵⁶⁾, als Vorausetzung seiner Entscheidung mit keiner Sylbe hervorhebt⁵⁷⁾, andererseits aber Paulus die Abweichung ausdrücklich von der Bedingung abhängig macht: si pupillo in curatores bonorum actiones discerni placuit, d. h. entweder: wenn bei dem gegen die Stadt gerichteten iudicium in factum⁵⁸⁾ oder utile iudicium ad exemplum pignoratitiae actionis⁵⁹⁾ beliebt worden, daß dem Pupillen durch ein ihn zum actor in rem suam ernennendes Decret des Stadt senats die Klagen, welche der Stadt aus den Handlungen ihrer Beamten als utiles actiones gegen die curatores bonorum zustehen⁶⁰⁾, wirklich cedirt⁶¹⁾, oder — was vielleicht richtiger ist —: wenn bei

⁵⁴⁾ C. E. 361 not. 14. — — ⁵⁵⁾ C. E. 361 not. 12. — — ⁵⁶⁾ l. 3 C. de probat. (4. 19). — — ⁵⁷⁾ Ebensowenig die Quästenschele 1 zu Basil. XVII, 1 c. 25. — — ⁵⁸⁾ l. 9 pr. §. 1. 3. 5 D. de reb. auct. jud. possid. (42. 5). — — ⁵⁹⁾ l. 5 §. 21 D. ut id possess. legator. (36. 4). — C. E. 81 not. 66. — — ⁶⁰⁾ C. E. 396 ff. — cf. Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 107 (Heimb. I, p. 422). — ⁶¹⁾ C. E. 4 ff., C. 366 f.

der kaiserlichen *restitutio in integrum* nach Gehör der Stadt⁶²⁾ beliebt worden, daß durch ein die wirkliche Cession ersetzendes Decret des Kaisers zur Vermeidung von Weiterungen gleich kraft fingirter Cession die Klagen, welche der Stadt gegen die *curatores bonorum* zustehen, als *utiles actiones* übertragen sind⁶³⁾, so daß jedenfalls der Pupill aus dem Rechte der Stadt abgeleitete Klagen gegen die Administratoren angestellt hat. Die aus dem Rechte der Stadt abgeleiteten Klagen mußten aber ebenso gewiß für den durch die insolventen Administratoren gestifteten Schaden aus-
hülfsweise erst die Magistratsmitglieder, sodann auch die solventen Kollegen⁶⁴⁾ verantwortlich erscheinen lassen, als das Gegentheil bei der direct aus dem Rechte des Sempronius abfließenden *actio negotiorum gestorum* der Fall war, da den Magistratspersonen, welche ihrer Zeit vermögende Administratoren gewählt hatten, dem Sempronius gegenüber unmöglich *culpa in eligendo* zur Last gelegt werden konnte⁶⁵⁾.

Modestin hat also ohne allen Zweifel nicht von einer auf fingirter Cession beruhenden *utilis actio*, sondern von einer in der Person des Sempronius ursprünglich entstandenen *directa negotiorum gestorum actio* gehandelt. Daraus folgt aber erstens, daß Modestins *responsum* den oben aufgestellten Grundsätzen über die Voraussetzungen der dem wahren Erben durch fingirte Cession zu übertragenden Klagen des gutgläubigen Erbschaftsbesizers nicht widerspricht, sondern zweitens, dieselben insofern sogar bestätigt, als man schließen darf, Sempronius habe keine auf fingirter Cession beruhenden *utiles actiones* gehabt, weil er sonst wohl diese statt der unvortheilhafteren *directa negotiorum gestorum actio* angestellt haben würde.

Fortsetzung.

§. 49. Wenn der Grund der Erbschaftsrestitution

c. in der Wiederlosmachung des Erben von der bereits erworbenen Erbschaft

besteht, sei es, daß der unmündige *suus heres* nach der Immixtion noch der Erbschaft entsagt¹⁾, oder der mündige *suus heres* gegen die

⁶²⁾ l. 29 §. 2 D. de minor. (4. 4). — — ⁶³⁾ C. C. 187 not. 2. — —
⁶⁴⁾ l. 30 D. de neg. gest. (3. 5), l. 3 pr., l. 9 §. 8 D. de adm. rer. ad civ. (50. 8), l. 11 pr. §. 1, l. 13 D. ad munic. (50. 1), l. 1, l. 4 C. quo quisque ord. (11. 35). — — ⁶⁵⁾ l. 21 §. 3 D. de neg. gest. (3. 5), cf. l. 37 §. 1 D. eod., l. 111 D. de condit. (35. 1).

¹⁾ l. 11, l. 57 pr. D. de acquir. her. (29. 2).

Immirtion wie der mündige extraneus heres gegen die Antretung wegen Minderjährigkeit²⁾, Zwang³⁾ u. s. w. Restitution erhält: so bewirkt sowohl die Entsagung mit oder ohne Restitution, als auch die Restitution gegen die Antretung, daß der Entsagende oder Restituirte zwar nach Civilrecht und dem Nomen nach Erbe bleibt, nach prätorischem Recht aber und der That nach behandelt wird, als ob er gar nicht Erbe geworden wäre⁴⁾. Die hereditariae actiones werden fortan dem und wider den Entsagenden oder Restituirten nöthigenfalls auf vorgängige exceptio doli⁵⁾ verweigert und demjenigen oder wider denjenigen, welcher an die Stelle des Entsagenden oder Restituirten tritt, mit der Fiction, als ob er Erbe wäre, gegeben⁶⁾, indem zugleich die etwa durch Confusion erloschenen Activ- und Passivklagen für und gegen den Entsagenden oder Restituirten durch Restitution hergestellt werden⁷⁾.

Daß alles ist keinem Zweifel unterworfen. Fraglicher ist, wie es zu halten sei mit denjenigen Rechten und Verpflichtungen, welche vom Entsagenden oder Restituirten selbst inzwischen in Bezug auf die Erbschaft oder in Veranlassung derselben ins Dasein gerufen sind?

Die Rechtsbücher antworten: der Entsagende oder Restituirte soll, soweit er sich von dolus frei erhalten hat⁸⁾, von der Entsagung oder Restitution weder Vortheil noch Nachtheil haben⁹⁾. Die Passivklagen werden demgemäß, soweit sie nicht auf dolus beruhen, als directae actiones wider den Entsagenden oder Restituirten, wie wider deren Bürgen, versagt und statt dessen als utiles actiones wider den an die Stelle Tretenden gegeben, als ob derselbe Träger der ursprüng-

²⁾ Gaj. II, 163. — §. 5 J. de hered. qual. (2. 19), l. 7 §. 5 D. de min. (4. 4), l. 1 C. si min. (2. 39), l. 57 §. 1 D. de acquir. her. (29. 2), cf. l. 3 §. 2, l. 29 §. 2 D. de min. (4. 4), Nov. 119 cap. 6. — l. 1 C. Gregor. si minor. (2. 3), l. 1 C. Gregor. si cert. pet. (3. 1). — ³⁾ l. 21 §. 5. 6 D. quod met. c. (4. 2), l. 55, l. 61, l. 85 D. de acquir. her. (29. 2). — ⁴⁾ l. 20 §. 4, l. 57 pr. §. 1, l. 87 §. 1, l. 89, l. 99 D. de acquir. her. (29. 2), l. 12 pr. D. de interrog. in iure (11. 1), l. 16 D. locati (19. 2), l. 11 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 15 D. si quis caut. (2. 11), l. 2 pr. §. 1 D. de adm. tut. (26. 7), l. 52 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 2 §. 10 D. ad Scit. Tertull. (38. 17), l. 1 C. de repud. et abst. (6. 31), l. 6 §. 1. 2 D. de bon. libert. (38. 2). — ⁵⁾ l. 1 C. Gregor. si cert. pet. (3. 1), l. 57 pr. D. de acquir. her. (29. 2). — ⁶⁾ l. 99 D. de acquir. her. (29. 2), l. 12 pr. D. de interrog. in iure (11. 1), l. 16 D. locati (19. 2), l. 11 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 52 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 1 C. de repud. et obstin. (6. 31). — ⁷⁾ l. 87 §. 1 D. de acquir. vel omitt. her. (29. 2). — ⁸⁾ l. 71 §. 3—8, l. 91 D. de acquir. her. (29. 2), l. 2 C. de repud. et obstin. (6. 31). — ⁹⁾ l. un. pr. §. 2 C. de repud. quae fiunt (2. 48), l. 87 §. 1 D. de acquir. her. (29. 2), l. 22, l. 31 D. de minor. (4. 4).

lichen Verbindlichkeit wäre¹⁰⁾, was natürlich zur Folge hat, daß dasjenige, was auf dergleichen Passivklagen bereits gutgläubig vom Pupillen oder Tutor aus Erbschaftsmitteln geleistet ist, weil es ja doch von den Erbschaftsnachfolgern vermöge der *utiles actiones* aufs Neue geleistet werden müßte, gegen Widerruf gesichert¹¹⁾, und nur dasjenige, was bösgläubig vom Pupillen oder Tutor aus der Erbschaft veräußert ist, den auch ohne die Erbschaftsentsagung zuständig gewesen Klagen, z. B. der *actio Pauliana*¹²⁾, unterworfen bleibt¹³⁾.

Die Aktivklagen dagegen, zu deren Cession der Entsagende oder Restituirte — wenn auch unter Umständen nicht ohne Entschädigung — verpflichtet ist¹⁴⁾, werden entweder demselben bis zur wirklichen Cession belassen oder gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als *utiles actiones* demjenigen, welcher an die Stelle tritt, übertragen, je nachdem der Entsagende, beziehungsweise Restituirte rechtlich an dem Vorbehalte des Inhalts derselben interessirt ist, oder nicht; mit anderen Worten, je nachdem der Entsagende, beziehungsweise Restituirte zu deren Erwerbe Aufwand gemacht hat, oder nicht. Aufwand gemacht hat, sage ich, ohne der Uebernahme von Verbindlichkeiten zu gedenken; denn Verbindlichkeiten können hier nur im Fall des *dolus* mit bleibender Wirksamkeit übernommen sein, also entweder überall kein Interesse, oder wenigstens kein rechtliches Interesse für den Vorbehalt von Klagerechten begründen.

Der Aufwand, der etwa erforderlich ist, um in Bezug auf die Erbschaft oder in Veranlassung derselben Klagerechte zu erwerben, wird aber vom Entsagenden oder Restituirten weit häufiger aus der Erbschaft, als aus eigenem Vermögen bestritten, weshalb es sich erklärt, daß die Rechtsquellen häufiger von *utiles actiones*, welche durch fingirte Cession übertragen worden, als von directen Klagen, welche auch dem Inhalte nach dem Entsagenden oder Restituirten vorbehalten sind, Beispiele darbieten. Klagen, welche auch dem Inhalte nach dem Entsagenden oder Restituirten vorbehalten sind, finden sich nur in

¹⁰⁾ l. 89 D. de acquir. her. (29. 2), cf. Altamiran. ad lib. XII Quaest. Scaevol. (Meermann, thes. II, p. 524). — l. 98 D. eod. — l. 15 D. si quis caut. (2. 11), l. 2 pr. §. 1 D. de adm. tut. (26. 7), l. 44 D. de re judic. (42. 1). — ¹¹⁾ l. 44 D. de acquir. her. (29. 2), cf. Cujac. in lib. XLVII Dig. Salvii Juliani h. l. (opp. VI, p. 327). — l. 6 §. 1 D. de reb. auctor. jud. possid. (42. 5), l. 22 D. de minor. (4. 4). — ¹²⁾ l. 10 §. 10 D. quae in fraud. cred. (42. 8), cf. Gutschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14 S. 91 f. — ¹³⁾ l. 44 D. de acquir. her. (29. 2), l. 6 §. 1 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), §. 3 J. quib. ex caus. manum. non lic. (1. 6). — ¹⁴⁾ l. un. §. 2 C. de reput. quae fiunt (2. 48), l. 7 §. 5 D. de minor. (4. 4) in Verbindung mit l. 27 §. 1 D. eod.

dem Falle, wenn der Entsagende oder Restituirte Erbschaftsschulden oder Vermächtnisse aus eignen Mitteln bezahlt und dadurch eine quasi indebiti condictio erworben hat, während in allen anderen Fällen und insbesondere auch, wenn Erbschaftsschulden vom Entsagenden oder Restituirten aus Erbschaftsmitteln abgeführt sind, dem an die Stelle Treten den utiles actiones zugeschrieben werden.

Zum Beweise dienen zunächst ein Paar Bruchstücke, welche meistens durch irrige Beziehung auf die Paulianische Klage mißverstanden sind, obgleich sie durch richtige Unterstellung der quasi indebiti condictio zu dem befriedigendsten Ergebnisse führen. Es heißt erstens bei

Paulus lib. 58 ad Edictum¹⁵⁾.

(§. 1.) Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. (§. 2.) Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Julianus ait: ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit: aequum esse, aut prius eandem portionem mihi quaeri, aut communicandum, quod accepisti: et hoc Julianus ait. Apparet autem loqui eum, si ex bonis patris solutum est.

Quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debet, nec ne? et utrum a creditore, an ex hereditate? Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo ejus, qui gessit negotia. Sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum, adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti¹⁶⁾.

Paulus erörtert die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Pupill, welcher suus heres geworden ist, Erbschaftsschulden bezahlt und darauf der Erbschaft entsagt hat. Bei der Beantwortung dieser Frage geht er davon aus, daß der Pupill entweder des dolus überall noch nicht fähig gewesen ist, oder aber als doli capax gleich wie sein Tutor gutgläubig gehandelt hat; denn nachdem der §. 1 den Satz aufgestellt hat, die Handlungen des Pupillen seien aufrecht zu erhalten,

¹⁵⁾ l. 6 §. 1. 2 D. de reb. auctor. judic. poss. (42. 5). — cf. Cujac. in Pauli lib. XLIX ad Edict. (opp. V, p. 769). — — ¹⁶⁾ Die ungewöhnliche Redeweise: non esse iniquum, dandam esse repetitionem soll nach Cujac. l. l. öfter bei Thucydides vorkommen.

vorzüglich, wenn gutgläubig gehandelt worden¹⁷⁾, fährt der §. 2 fort: Wie verhält es sich also (*Quid ergo*). — Auf den gutgläubig handelnden Pupillen wird nun ganz die Analogie eines gutgläubigen Erbschaftsbesizers angewendet. Namentlich wird, wie dort, unterschieden, ob der Pupill (oder Namens desselben der Tutor) die Zahlung aus erbchaftlichem oder aus (des Pupillen) eiguem Vermögen geleistet hat.

Hat der Pupill aus eiguem Vermögen Zahlung geleistet, so läßt ihn zunächst der Gesichtspunkt, daß er im eignen Namen (*suo nomine*) eine Schuld bezahlte, die nach der rückwärts wirkenden Erbschaftsentsagung nicht als seine, sondern als eine fremde sich darstellt, als einen solchen erscheinen, welcher ein relatives *indebitum* bezahlt hat, und daher zur *indebiti conditio* befugt ist¹⁸⁾. Da er indeß zur Zeit der Zahlung in der That der rechte Schuldner war und nur nachträglich durch die Erbschaftsentsagung der unrechte Schuldner geworden ist, so kann ihm die *conditio* nicht als eigentliche, sondern nur als uneigentliche oder, wie Paulus sich ausdrückt, als *quasi indebiti soluti conditio* gegeben werden (*adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti*).

Der zweite Gesichtspunkt, daß der Pupill in Bezug auf die Erbschaft oder in Veranlassung derselben, mit anderen Worten in der Eigenschaft eines Erben (*hereditario nomine*) eine Schuld gezahlt hat, die auch nach der Erbschaftsentsagung als Erbschaftsschuld sich darstellt, zeigt ihn als einen solchen, welcher für die Erbschaft Geschäfte besorgt hat¹⁹⁾. Weil er jedoch zur Zeit der Geschäftsbeforgung in der That selbst Erbe war, so kann er den nach seiner Entfagung zur Erbschaft berufenen Personen gegenüber abermals nicht eigentlich, sondern nur uneigentlich auf den Charakter eines *negotiorum gestor* Anspruch machen (*exemplo ejus, qui gessit negotia*). Auch als uneigentlicher *negotiorum gestor* kann er aber das Ausgelegte von dem herauszugehenden Erbschaftsvermögen abziehen, natürlich — wie zwar nicht ausdrücklich bemerkt, aber jedenfalls stillschweigend verstanden ist — gegen Cession seiner *conditio quasi indebiti soluti*, da diese Klage nicht als Gewinn in seinen Händen verbleiben darf²⁰⁾, und den nach ihm zur Erbschaft berufenen Personen nöthig ist, um sich gegen eine abermalige Klage des vom Pupillen bezahlten, aber eben wegen der von Seiten des Pupillen drohenden *quasi indebiti*

¹⁷⁾ l. 44 D. de acquir. her. (29. 2), l. 22, l. 31 D. de minor. (4. 4). — ¹⁸⁾ l. 19 §. 1, l. 65 §. 9 D. de condict. ind. (12. 6), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3). — ¹⁹⁾ l. 3 pr. §. 6, l. 21 §. 1, l. 22 D. de neg. gest. (3. 5), l. 16 §. 3 D. de her. pet. (5. 3), l. 10 D. si pars hered. (5. 4). — ²⁰⁾ l. un. pr. §. 2 C. de reput. (2. 48), l. 7 §. 5 D. de minor. (4. 4).

condictio nicht vollkommen befriedigten Gläubigers zu decken. Scävola hat desungeachtet Recht, wenn er bemerkt, daß der Pupill, falls Erbschaftsvermögen genug vorhanden ist, eher durch Abzüge von der Erbschaft, als durch wirkliche Anstellung der quasi indebiti condictio sich schadlos halten möge, weil durch den Abzug und die Cessio gleich alles erledigt wird, während der durch die quasi indebiti condictio zur Herausgabe des Empfangenen genöthigte Gläubiger erst noch eine neue Klage gegen die Erbschaft anstellen müßte, damit dasselbe Resultat erreicht werde. Nur insofern als das Erbschaftsvermögen zur Deckung nicht auslangt, hat der entsagende Pupill ein Interesse, selbst die quasi indebiti condictio gegen den Zahlungsempfänger geltend zu machen, und eben wegen dieses Interesse ist dem Entsagenden die Klage auch dem Inhalte nach so lange belassen, bis er sie durch wirkliche Cessio an den Erbschaftsnachfolger abtritt.

Gehen wir nun zu dem zweiten Falle über, daß der Pupill aus erbchaftlichem Vermögen zahlte, so erscheint der Pupill auch hier wieder, weil er suo nomine eine Schuld berichtigte, die sich nach der Erbschaftsentsagung als relatives indebitum darstellt, zur quasi indebiti condictio, und weil er hereditario nomine eine wirkliche Erbschaftsschuld berichtigte, als quasi negotiorum gestor, zur Anrechnung des Bezahlten bei Herausgabe der Erbschaft gegen Cessio der quasi indebiti condictio berechtigt. Es wird aber auch ohne Weiteres die Cessio als geschehen fingirt und demjenigen, welcher hinsichtlich der Erbschaft an die Stelle des entsagenden Pupillen tritt, eine utilis quasi indebiti condictio gegeben werden dürfen, weil der Pupill, welcher aus dem Vermögen der Erbschaft die directa condictio erworben hat, an deren Vorbehalte durchaus nicht rechtlich interessirt ist.

Sind es nun die übrigen Gläubiger, welche in Person, oder durch einen curator bonorum die vom Pupillen aufgegebenen Erbschaft fortan vertreten, so sind sie es auch, welche durch fingirte Cessio zur Anstellung der utilis quasi indebiti condictio berechtigt und jedenfalls durch die auf diese Forderung zu stützende Compensationsrede gegen abermalige Anforderungen des bezahlten Gläubigers gesichert sind.

Diese Rechtsfäße werden in den Rechtsbüchern allgemein anerkannt. Uneinigkeit herrscht jedoch über die Frage, wie sich das Verhältniß weiter entwickele.

Papinian²¹⁾ ist der Ansicht, unter allen Umständen trete eine

²¹⁾ l. 31 D. de minor. (4. 4). Papinianus lib. 9 Responsorum. — Si mulier, postquam heres exstitit, propter aetatem abstinendi causa in

Compensation der dem Gläubigercorps durch fingirte Cession verliehenen utilis condictio und der dem gleichsam indebite befriedigten Gläubiger gegen den Gemeinschuldner zustehenden Schuldforderung ein, so daß von keiner Seite mehr Klage erhoben werden könne, und insbesondere das Gläubigercorps mit einem Antrage (querela) auf verhältnißmäßige Mittheilung des Empfangenen gegen den gleichsam indebite befriedigten Gläubiger nicht zuzulassen sei, weil dieser Gläubiger nicht dolos handle, wenn er die gegen ihn gerichtete utilis condictio quasi indebiti durch seine gleich hohe Gegenforderung ihrem ganzen Umfange nach als aufgehoben betrachte.

Paulus und Scävola nach dem Vorgange von Julian sind abweichender Meinung.

Um mit Paulus zu beginnen, so glaubt dieser mit Julian die Frage nach den Umständen verschieden beantworten zu müssen (ex causa statuendum est), in der Richtung nämlich, daß dem einen Gläubiger, welcher es an Fleiß nicht hat fehlen lassen (qui diligens fuit), weder des Anderen Nachlässigkeit, noch des Anderen Habgucht (cupiditas) schaden dürfe²²). Demgemäß soll es namentlich in dem Falle, wenn zwei Gläubiger vom Pupillen Zahlung gefordert, Einer von beiden aber nur ganz oder theilweise Zahlung erlangt hat, weil ihm der Pupill oder Vormund besonders wohl wollte (quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit)²³), billig sein, daß entweder erst der andere Gläubiger denselben Verhältnistheil (eandem portionem) aus dem Erbschaftsvermögen vorweg erhält²⁴), oder — wenn das Erbschaftsvermögen dazu nicht ausreicht — jener Erstere das Empfangene verhältnißmäßig wieder herausgibt (communicandum, quod accepisti). Es soll mit anderen Worten als unbillige

integrum restituta fuerit: servos hereditarios ex fideicommisso ab ea recte manumissos retinere libertatem respondi. [cf. l. 7 §. 10, l. 22 D. de min. (4. 4). — l. 30 §. 10. 11 D. de fideic. lib. (40. 5), l. 3 C. de testam. manum. (7. 2).] nec erunt cogendi, viginti aureos pro libertate retinenda dependere [cf. l. 47 pr. D. de manum. test. (40. 4), l. 8 §. 17, l. 9 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 81 §. 4 D. de legat. I (30), l. 2 C. de fideicomm. lib. (7. 4), l. 4 C. de serv. fug. (6. 1)], quam jure optimo [cf. l. 1 C. de usur. (4. 32)] consecuti videntur. Nam et si quidam ex creditoribus pecuniam suam ante restitutionem ab ea reciperassent, caeterorum querela contra eos, qui acceperunt, ut pecunia communicetur, non admittitur. cf. Cujac. ad lib. IX Resp. Papin. (opp. IV, p. 1195 sq.). — — ²²) Basil. IX, 7 c. 6 (Heimb. I, p. 469). — οὐ βλάπτει τὸν σπουδαῖον ἢ ῥαθυμία τοῦ ἀμελοῦς — desidia negligentis diligentem non laedit. — — ²³) Gratificari cf. l. 4 D. ad Sc. Trebell. (36. 1), l. 46 pr. D. de relig. (11. 7). — — ²⁴) Basil. IX, 7 c. 6 (Heimb. I, p. 469) — τὸ αὐτὸ μέρος καὶ ὁ ἄλλος λήψεται — eandem portionem alter etiam accipiat.

cupiditas erfolglos bleiben, wenn derjenige Gläubiger, welcher durch gratificatio des Pupillen oder Tutors Zahlung empfangen hat, nun auf Kosten des ebenso beflissen gewesenen zweiten Gläubigers, welcher eine verhältnißmäßig gleiche Befriedigung weder erhalten hat, noch aus dem Ueberreste des Erbschaftsvermögens erwarten darf, sich zu bereichern trachtet²⁵). Die der utilis condictio quasi indebiti des zweiten Gläubigers gegenüber zum Zweck der Compensation nach vorjustinianischem Rechte vorgebrachte doli exceptio, oder der nach justinianischem Rechte ipso jure zu berücksichtigende Compensationsantrag des ersten Gläubigers findet nicht über das für beide Theile gleiche Maß hinaus Anerkennung, weil jenseit dieser Grenze nicht mehr dem Kläger, welcher die Rückgabe des Gezahlten fordert, sondern dem Beklagten, welcher die Rückgabe des Empfangenen verweigert, Unbilligkeit oder dolus vorgeworfen werden kann. Der Empfänger muß also das Empfangene den übrigen Erbschaftsgläubigern verhältnißmäßig mittheilen, wenn er dem Kläger keine Nachlässigkeit (negligentia) nachzuweisen vermag.

Dieselbe Ansicht vertheidigt Scaevola in zwei verschiedenen Stellen.

Die erste dieser Stellen lautet folgendermaßen:

Scaevola lib. singul. Quaestionum publice tractarum²⁶).

Pupillus patri heres exstitit et uni creditorum solvit; mox abstinuit hereditate paterna; bona patris veneunt: an id, quod accepit creditor, revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam caeteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit, an non? et si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam caeteri creditores fuerint laturi. sin vero juste exegerit, caeteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis: id quod accepit creditor, revocari nullo pacto potest: quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant.

Auch hier ist die durch gratificatio d. h. die bei gleichem Fleiße aller Gläubiger durch besondere Gunst des Pupillen oder Tutors einem Gläubiger zu Theil gewordene Zahlung derjenigen Zahlung entgegengesetzt, bei welcher nur der bezahlte Gläubiger die Einziehung gehörig betrieben hat (juste exegerit), die anderen Gläubiger dagegen die Eintreibung vernachlässigt haben und deshalb unbezahlt geblieben sind. Die durch Begünstigung erlangte Zahlung soll abermals bis zu demselben Verhältnißtheile (ad eandem portionem).

²⁵) Ulpae. l. I. bezieht die cupiditas irrig auf die Meinung der centies ronden Gläubiger. — ²⁶) l. 24 pr. D. quae in fraud. cred. (12. 8).

welchen ohne die Zahlung alle übrigen Gläubiger bei gleichem Fleiße erlangt haben würden, zurückgefordert werden (*revocetur*)²⁷⁾, während umgekehrt die durch fleißige Eintreibung erlangte Zahlung, welche den übrigen Gläubigern nur wegen ihres Unfleißes nicht in gleicher Maße zu Theil geworden ist, dem Empfänger verbleiben soll, ne alterius negligentia huic, qui diligens fuit, noceat²⁸⁾. Sind z. B. die anderen Gläubiger deshalb nicht zur Zahlung gekommen, weil sie die zeitige Eintreibung versäumt haben und inzwischen das früher zulängliche Vermögen durch Unglücksfälle, Brand, Viehseuchen, Diebstahl, Ueberschwemmung, unzulänglich geworden ist, so würde es unbillig sein, dem fleißigen Gläubiger einen Theil des Empfangenen wieder abzunehmen und die übrigen Gläubiger die Folgen ihrer Saumseligkeit nicht allein tragen zu lassen²⁹⁾. Die der *utilis condictio quasi indebiti* zum Zweck der Compensation opponirte *doli exceptio*, sowie der nach justinianischem Rechte *ipso jure* zu berücksichtigende Compensationsantrag muß daher in jeder Hinsicht statthaft erscheinen.

Diese Erklärung setzt voraus, daß unter der Rückforderungsflagge, welche *Scævola revocatio*, Paulus *repetitio* nennt, die *utilis condictio quasi indebiti*, nicht aber die *actio Pauliana* verstanden sei. Und die Richtigkeit dieser Voraussetzung ergibt sich auch beim Mangel einer technischen Bedeutung des Ausdrucks³⁰⁾, abgesehen von der Analogie des gutgläubigen Erbschaftsbesizers, welcher Erbschaftsschulden bezahlt hat, unzweifelhaft theils aus dem Fortgange des zuletzt erklärten Bruchstücks, theils aus dem im Voraus schon oben erwähnten zweiten Bruchstücke desselben *Scævola*.

Im Fortgange des zuletzt erklärten Bruchstücks heißt es:

Quid ergo, si cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam: an actione revocari possit a me? an distinguendum sit, is obtulerit mihi an ego illi extorserim invito? et si extorserim invito, revocetur? si non extorserim, non revocetur? Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci. Jus civile vigilantibus scriptum est: ideo quoque non revocatur id, quod percepi.

Allerdings spricht dieser Schluß, welcher nicht eines Pupillen, der sich von der Erbschaft losgesagt hat, sondern zur Unterscheidung von

²⁷⁾ Basil. IX, 8 c. 24 (Heimb. I, p. 481) — καὶ τὴν αὐτὴν ἔξει τὴν τοῖς ἄλλοις — eandem cum reliquis conditionem habebit. — ²⁸⁾ l. 6 §. 2 D. de reb. auct. jud. (42. 5), f. C. 487. — cf. l. ult. C. depos. (4. 34) . . ne industria poenas desidia solvat. — ²⁹⁾ Basil. IX, 8 c. 24 (Heimb. I, p. 481) — οὐ μὲν εἰ σπουδαίως ἀπήτησε καὶ (so ist zu lesen statt καὶ) μεταξὺ ἡλαττώθη ἢ οὐσία — non etiam si sollicitate egit et interea bona deminuta fuerint. — ³⁰⁾ l. 59 D. de adm. et per. (26. 7) . . revocari ad portiones — ad portionem vocare.

demselben meiner in der ersten Person als eines gewöhnlichen Schuldners gedenkt, nach Hufschke's richtiger Darstellung³¹⁾, nicht von der *condictio sc. quasi indebiti*, sondern im Gegensatz derselben von der *actio sc. Pauliana*; allein eben deshalb kann der oben erläuterte Anfang des Bruchstücks nicht ebenfalls von der *actio Pauliana* verstanden werden; denn während der Anfang die durch *gratificatio* erlangte Zahlung für ansechtbar erklärt, erklärt der Ausgang jede Zahlung, mag sie vom Gläubiger dem Schuldner durch Mahnen und Drängen abgenöthigt, oder vom Schuldner dem Gläubiger durch *gratificatio* freiwillig aufgedrungen sein, für unansechtbar; ein Widerspruch, der nicht zu heben ist, wenn man nicht Anfang und Ausgang von zwei verschiedenen Rechtsmitteln versteht. Die Entscheidung des Schlusssatzes entspricht aber ganz den Grundsätzen der *actio Pauliana*, welche keinerlei Zahlung klagbarer und fälliger Schulden anzusechten gestattet³²⁾, weil dabei weder dem Schuldner *animus fraudandi*, noch dem Zahlungsempfänger *Improbität* zur Last zu legen ist; nämlich jenem nicht *animus fraudandi*, weil er sich zu einer Zahlung entschließt, die ihm vom Prätor abgezwungen werden kann³³⁾; diesem nicht *Improbität*: *sibi enim vigilavit*³⁴⁾. In dem letzten für die Rechtmäßigkeit des Zahlungsempfangs von *Scävola*, wie von *Julian* und *Ulpian* angeführten Grunde ist nach Hufschke's treffenden Worten³⁵⁾ nur ausgedrückt, „daß selbst die Zahlungserlangung des Gläubigers mit Wissen um die materielle Insolvenz des Schuldners hier eine bloße nicht widerrechtliche Wachsamkeit für sein Interesse sei, nicht aber, daß der Empfang weniger erlaubt wäre, wenn der Schuldner dem sorglosen Gläubiger freiwillig gezahlt hat³⁶⁾.“

Das zweite Bruchstück *Scävola's* lautet:

*Scaevola lib. 5 Responsorum*³⁷⁾.

Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt: sed postea non sufficientibus bonis pupillum abstinerunt. Quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est, vel totum, quod acceperunt, restituere debeant? Respondi, si nihil dolo factum

³¹⁾ Zeitschr. f. Civifr. u. Proc. N. 8. XIV, S. 32. — — ³²⁾ l. 6 §. 7, l. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 129 pr. D. de reg. jur. (50. 17). — l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — — ³³⁾ l. 6 §. 6 fin. D. quae in fraud. cred. (42. 8). Ueber deren Erklärung vergl. Nießer im Neuen Arch. für Handelsr. Bd. 2 S. 3 ff. not. *. — — ³⁴⁾ l. 6 §. 7 D. quae in fraud. cred. (42. 8). — — ³⁵⁾ Hufschke a. a. O. S. 32. — — ³⁶⁾ l. 21 pr. D. de pecul. (15. 1), l. 2 C. de annal. except. (7. 40). — — ³⁷⁾ l. 61 D. de condict. ind. (12. 6).

esset, tutori quidem vel pupillo non deberi: creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.

In diesem von den Compileren mit gutem Grunde in den Pandectentitel: de condictione indebiti aufgenommenen Bruchstücke hebt Scävola geistlich hervor, daß die Tutoren des Pupillen, welcher sich später von der Erbschaft löst, aus des Pupillen väterlichem Vermögen (ex patrimonio paterno) einige Gläubiger des Vaters bezahlt haben. Unter dieser Voraussetzung müßte die durch gutgläubige Zahlung dem Pupillen direct erworbene *condictio quasi indebiti soluti* sofort durch fingirte Cession als *utilis condictio* auf die Gläubigergemeinschaft übergehen. Scävola sagt also mit Recht, daß zwar nicht der Tutor oder Pupill (die *directa*), wohl aber die Gläubigergemeinschaft die (*utilis*) *condictio* gegen die Zahlungsempfänger anstellen könne. Auch die Gläubigergemeinschaft soll indeß nicht alles, was den Empfängern gezahlt ist, sondern nur dasjenige erlangen, was jenen mehr gezahlt ist, als sie nach Verhältniß ihres *debitum* aus dem der gemeinschaftlichen Befriedigung dienenden Vermögen zu erwarten gehabt hätten; denn *id, quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est*, ist nur ein Theil des *totum, quod acceperunt*, und dieses *totum* kann doch wohl nur der ganze Betrag ihrer Forderung sein³⁸⁾, so daß als Maß für das *amplius* allein das gleiche Verhältniß aller concurrirenden Erbschaftsgläubiger übrig bleibt.

In diesem allein befriedigenden Sinne bekommt das zweite Bruchstück des Scävola einen Inhalt, der mit dem ersten Bruchstücke desselben Scävola vollkommen übereinstimmt und zugleich außer Zweifel setzt, daß in dem übereinstimmenden Inhalte auch das erste Bruchstück von der *condictio indebiti* handelt. Scävola bevormundet überdies ausdrücklich: die genannte Rechtsfolge trete nur ein, *si nihil dolo factum esset*, d. h. wenn die Gläubiger sich eine wirkliche, keine bloß erdichtete und vom Pupillen bloß eingebilddete Erbschaftsforderung haben zahlen lassen; denn wenn das Letztere der Fall war, so lag nicht in dem Erbschaftserwerbe des Pupillen, sondern in der davon unabhängigen Annahme einer überall nicht existirenden Schuld die Ursache der Zahlung. Dem Pupillen konnten aber unmöglich die Folgen einer durch den Erbschaftserwerb nicht verursachten Zahlung durch ein Wiederaufgeben des Erbschaftserwerbs abgenommen werden³⁹⁾.

³⁸⁾ Eine andere, aber unbefriedigende Erklärung giebt Gutschke a. a. D. §. 34 not. 1. — Voet ad Pand. 42. 8 nr. 17. — ³⁹⁾ arg. 1. 20 §. 18 D. de her. pet. (5. 3), 1. 2 §. 7 D. de her. vel act. (18. 4), 1. 23 D. de neg. gest. (3. 5). — §. 472 not. 9.

Der Pupill durfte daher die durch den dolus des vermeintlichen Gläubigers verursachte Zahlung einer überhaupt nicht vorhandenen Schuld dem Erbschaftsnachfolger bei der Restitution der Erbschaft nicht anrechnen, vielmehr nur durch eigne Geldentwendung der gegen den Empfänger begründeten *condictio indebiti* oder *condictio furtiva* und *actio furti* sich schadlos zu halten suchen, und ebendaher seine Klage nicht durch fingirte Cession an den Erbschaftsnachfolger verlieren; abermals ein Belag, daß nur der Mangel eines rechtlichen Interesses an der Beibehaltung des Inhalts der *directae actiones* den *utiles actiones* Spielraum eröffnet.

Durch die nunmehr erörterten Aussprüche des Scävola, wie des Paulus und des Papinian ist zur Genüge bewiesen, was hinsichtlich der Bezahlung von Erbschaftsschulden zu beweisen war. Fragen wir aber weiter, ob in dem Widerstreite der Meinungen über die Wirksamkeit der *utilis condictio* das heutige Recht dem Juristenfleißblatt Julian, Scävola und Paulus oder dem allein stehenden Papinian zu folgen habe, so verläßt uns jede Antwort, wenn wir uns nicht gegen den Rath Burchardi's⁴⁰⁾ entschließen, der überdies von der Mehrzahl vertheidigten ersten Ansicht als dem feiner ausgebildeten und der allgemeinen Billigkeit mehr entsprechenden Rechte den Vorzug zu geben.

Wir wenden uns nun zu der durch die Bezahlung von Vermächtnissen entstandenen *condictio quasi indebiti* und beziehen uns zum Beweise gleicher Behandlung auf folgendes Bruchstück:

Ulpianus lib. 16 ad Sabinum⁴¹⁾.

Nec novum, ut quod alius solverit, alius repetat: nam et cum minor viginti quinque annis inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Tatiano rescriptum est.

Diese Stelle ist im Pandectentitel: de *condictione indebiti* die unzertrennlich zusammenhängende Fortsetzung zweier vorhergehender Bruchstücke, welche die dem vermeintlichen Erben durch Zahlung von Erbschaftsgeldern an Legatäre erworbene *condictio* als *utilis actio* dem wahren Erben verleihen⁴²⁾. Es ist deßhalb kein Zweifel, daß auch in unserer Stelle die Zahlung von Erbschaftsgeldern vorausgesetzt wird. Unter dieser Voraussetzung paßt es zu der aufgestellten Regel, wenn der minderjährige Erbe, welcher durch Restitution von der angetretenen Erbschaft sich wieder losmacht, die durch die Zahlung von Legaten begründete *condictio quasi indebiti* durch

40) Wiedereinsetzung in den vor. Stand §. 29 Nr. 3 S. 356 not. 12. —

— 41) l. 5 D. de *condict. ind.* (12. 6). — 42) S. S. 477 f.

singirte Cession an den Erbschaftsnachfolger abgeben muß, weil er an deren Vorbehalte kein rechtliches Interesse hat. Ulpian hat demnach vollkommen Recht, den durch das erwähnte Rescript in dieser Weise entschiedenen Fall als ein Beispiel der allgemeinen Behauptung aufzustellen, daß öfter ein Anderer dasjenige zurückfordere, was ein Anderer bezahlt habe.

Cujacius⁴³⁾ nimmt irrthümlich einen Widerspruch an zwischen dieser Entscheidung und dem in anderer Richtung schon oben erwähnten Ausspruche Papinians⁴⁴⁾, wonach die vom minderjährigen Erben vor der Restitution auf Grund eines Fideicommisses vollzogenen Freilassungen gleich den geleisteten Zahlungen von Erbschaftsschulden auch nach der Restitution bestehen bleiben sollen, und glaubt daher mit Accursius, Baldus und Albericus die Entscheidung Ulpians nicht auf Legate, welche ohne Restitution wirklich zu zahlen gewesen wären, und daher jure optimo gezahlt worden sind, sondern nur auf Legate, welche auch ohne Restitution nicht zu zahlen waren, und daher von vorn herein indebite bezahlt sind, beziehen zu müssen. Allein zu solcher Beschränkung ist ein Grund weder in den allgemein lautenden Worten Ulpians, noch in der Natur der Sache zu finden. Vielmehr ist umgekehrt anzunehmen, daß die Folgen einer durch die Erbschaftsantretung nicht verursachten Zahlung durch die Rückgängigmachung der Erbschaftsantretung nicht aufzuheben seien, eben daher auch das auf ein selbst vor der Restitution nicht vorhanden gewesenes Legat gezahlte indebitum bei der Erbschaftsrestitution nicht angerechnet werde und die *condictio indebiti* auf den Erbschaftsnachfolger nicht übergehe, sondern dem Restituirten verbleibe⁴⁵⁾. Der vermeinte Widerspruch mit l. 31 D. de minor. (4. 4) ist gar nicht vorhanden, sofern man nur berücksichtigt, daß die vom abstinirenden oder restituirten suus rechtmäßig (*recte*) d. h. ohne *dolus*⁴⁶⁾ dem Fideicommiß gemäß vollzogene Freilassung ausnahmsweise in *favorem libertatis* aufrecht erhalten wird⁴⁷⁾, daß aber dieses *jus singulare* auf Geldzahlungen, welche in Folge von Legaten oder Fideicommissen geleistet sind, überhaupt nicht, und am wenigsten in dem Sinne ausgedehnt werden darf, daß die einmal *jure optimo* gezahlten Vermächtnisse nach der mit oder ohne Restitution geschehenen Entsagung des Erben nicht einmal im Fall der Unzulänglichkeit des Erbschaftsvermögens von den Erb-

⁴³⁾ Comment. ad lib. IX Respons. Papinian. ad l. 31 D. de minor. (4. 4) [opp. IV, p. 1197 sq.]. — ⁴⁴⁾ l. 31 D. de minor. (4. 4). S. S. 489 not. 21. — ⁴⁵⁾ S. S. 472 not. 9 in Verbindung mit S. 476 not. 32. — ⁴⁶⁾ §. 3 J. quib. ex caus. manum. (1. 6). — ⁴⁷⁾ l. 7 §. 10, l. 22 D. de minor. (4. 4), l. 30 §. 10. 11 D. de fideic. libertat. (40. 5), l. 3 C. de testam. manum. (7. 2).

Die eine dieser Anwendungen ist bereits bei einer anderen Gelegenheit erwähnt worden³⁾. Sie betrifft den Gewerbeherrn, welcher bei dem Concurse seines Institor die von demselben aus Gewerbevermögen begründeten Gewerbeforderungen, deren Cession hätte verlangt werden können, vermöge der Fiction, als ob die Cession wirklich sofort nach Begründung der Forderungen Statt gehabt hätte, als *utiles actiones* geltend machen darf, um sie der Masse zu entziehen⁴⁾.

Die zweite Anwendung findet sich bei der zur Rückforderung der dos berechtigten Ehefrau und ist in folgendem Bruchstücke niedergelegt: *Julianus lib. 16 Digestorum*⁵⁾.

Si maritus fundum Titii servientem dotali praedio adquisierit, servitus confunditur. Sed si eundem Titio reddiderit sine restauratione servitutis, hoc marito imputabitur, et hoc casu maritus litis aestimationem praestabit: quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur.

Um diese Stelle recht zu verstehen, erinnere man sich, daß die Rückgabe der zur dos gehörigen Forderungen durch Cession erfolgt⁶⁾ und die Ehefrau nicht bloß nach getreunter Ehe, sondern im Fall der Insolvenz des Ehemanns auch schon während der Ehe die Rückgabe der dos verlangen kann⁷⁾, ferner daß zur dos nicht bloß diejenigen Forderungen gehören, welche auf einer *promissio dotis* beruhen⁸⁾ oder durch wirkliche oder fingirte Cession⁹⁾ oder durch Delegation¹⁰⁾ zum Brautschatz bestellt worden sind, sondern auf Grund der allgemeinen Regel, wonach das mit Dotalmitteln erworbene Gut selbst dotal wird¹¹⁾, auch diejenigen Forderungen, welche der Ehemann durch Dotalvermögen erworben hat. Julians Worte beziehen sich nämlich auf eine Dotalforderung der letzteren Art, indem sie folgenden Sachverhalt erörtern:

³⁾ *§. C. 404 ff.* — — ⁴⁾ *l. 5 fin. D. de praetor. stipulat. (46. 5), l. 1. l. 2 D. de institor. act. (14. 3),* *§. 1* zu *Basil. XVIII, 1 c. 2* (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 166). — — ⁵⁾ *l. 7 pr. D. de fundo dotali (23. 5).* Cujac. (opp. VI, p. 109 sq.). — — ⁶⁾ *l. 44 §. 1 D. sol. matrim. (24. 3).* — — ⁷⁾ *l. 24 pr. §. 1 D. sol. matrim. (24. 3), l. 29 C. de jure dot. (5. 12),* cf. *l. 22 §. 8 D. sol. matrim. (24. 3).* — — ⁸⁾ *l. 33, l. 35, l. 41 §. 4, l. 49, l. 71 D. de jure dot. (23. 3), l. 30 §. 1, l. 44 §. 1, l. 66 §. 6 D. sol. matrim. (24. 3).* — — ⁹⁾ *§. C. 204 f.* — — ¹⁰⁾ *l. 9 §. 1 D. de conduct. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 78 §. 5, l. 46 §. 2, l. 69 §. 6 D. de jure dot. (23. 3), l. 4 §. 21 D. de doli exc. (44. 4), l. 41 pr. D. de re judic. (42. 1).* — — ¹¹⁾ *l. 54 D. de jure dot. (23. 3), l. 22 §. 13 D. sol. matrim. (24. 3),* *§. 1* fin. zu *Basil. XXIX, 1 c. 50* (Heimb. III, p. 369), *§. 2* zu *Basil. XII, 1 c. 84* (Heimb. I, p. 789), cf. *l. 29, l. 30 C. de jure dot. (5. 12).* Nicht entgegen ist *l. 12 C. de jure dot. (5. 12).*

In der Person eines Ehemanns, welcher ein Landgut zum Braut-
 schatz erhalten hat und ein fremdes, diesem dienstbares Grundstück
 etwa durch Kauf¹²⁾ von Titius hinzuerwirbt, erlischt das Dienstbarkeits-
 recht des Dotalguts durch Confusion¹³⁾. Redhibirt nun der Ehemann
 das gekaufte Grundstück wegen Fehler und Mängel dem Titius, ohne
 für die Wiederherstellung der dem Dotalgute verloren gegangenen
 Dienstbarkeit zu sorgen, so wird er dafür der zur Rückforderung der
 dos berechtigten Ehefrau verantwortlich. Er hat also durch die
 ihm gegen Titius zustehenden Klagen [actio emti¹⁴⁾, actio redhibi-
 toria¹⁵⁾, actio in factum praescriptis verbis¹⁶⁾] die Erneuerung
 der Servitut zu beschaffen¹⁷⁾, oder der Ehefrau Schadenersatz (litis
 aestimatio) zu leisten¹⁸⁾ und zu dem Ende wenigstens die durch die
 Verringerung des Totalvermögens erworbenen Klagen zu cediren¹⁹⁾.
 Ist er wegen Bankerotts zu dem einen so wenig im Stande, wie zu
 dem anderen, so würde die Ehefrau unbilligen Schaden erleiden,
 wenn sie nicht die mit Dotalmitteln erworbene Forderung ihres Ehe-
 manns selbst als dotal betrachten und statt der in Wirklichkeit nicht
 mehr zu erlangenden Cession dieser Forderung eine gleich beim Be-
 ginne der Vermögensunzulänglichkeit des Ehemanns, als dem Zeit-
 punkte, an welchem bereits die Rückgabe der dos gefordert werden
 konnte, geschehene Cession fingiren dürfte, um vermöge dieser Fiction
 die Forderung des Ehemanns auf Erneuerung der Servitut der Con-
 cursmasse zu entziehen und als utilis actio gegen Titius im eig-
 nen Namen anzustellen. Julian trägt kein Bedenken, diese utilis
 actio zu gewähren, um so weniger, als nach den durch die spätere
 Gesetzgebung bestätigten²⁰⁾ Vorschriften der lex Julia zu der mit der
 erdichteten Cession zusammentreffenden Zeit auch eine utilis in rem
 actio hinsichtlich des zum Brautchatz bestellten Landguts der Ehefrau
 zugefallen sein wird²¹⁾.

¹²⁾ Schol. 1 zu Basil. XXIX, 6 c. 7 (Heimb. III, p. 489). — ¹³⁾ l. 30 pr. D. de serv. praed. urban. (8. 2), l. 10 D. comm. praed. (8. 4), l. 116 §. 4 D. de legat. I (30), cf. l. 7 §. 1 D. de fundo dot. (23. 5). — ¹⁴⁾ l. 11 §. 3. 5 D. de action. emti vend. (19. 1). — ¹⁵⁾ l. 23 §. 7, l. 60 D. de aedil. edict. (21. 1), l. 9 D. de alien. jud. mut. c. (4. 7). — ¹⁶⁾ fr. Vat. §. 14. — l. 31 §. 17—19 D. de aedil. ed. (21. 1). — Schol. 4 zu Basil. XXIX, 6 c. 7 pr. (Heimb. III, p. 489) . . . τὴν ἐν γάμου νόσον. — Intelligere actionem in factum. — ¹⁷⁾ l. 70 §. 1, l. 116 §. 4 D. de legat. I (30), l. 18 D. de servit. (8. 1), l. 7 §. 1 D. de fundo dot. (23. 5), l. 9 D. comm. praed. (8. 4), l. 2 §. 18. 19 D. de her. vel act. vend. (18. 4). — ¹⁸⁾ Schol. 3 zu Basil. XXIX, 6 c. 7 (Heimb. III, p. 489). — ¹⁹⁾ l. 18 §. 1 fin. D. sol. matrim. (24. 3) [cf. Haase, culpa §. 62]. — l. 43 D. eod. — C. C. 205 not. 77. — ²⁰⁾ l. 29, l. 30 C. de jure dot. (5. 12), cf. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 4 c. 3 (Heimb. III, p. 26). — ²¹⁾ l. 77 §. 5 D. de legat. II (31), l. 13 §. 3 D. de fundo dot. (23. 5), l. 42 D. de usurp.

schaftsgläubigern sollen *condicti* werden dürfen, obgleich doch gewissen Rechts ist: *legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sunt*⁴⁸⁾.

Es bleibt nun noch übrig, den Beweis zu erbringen, daß auch andere vom Entsagenden oder Restituirten in seiner Eigenschaft als Erbe begründete Klagerrechte durch fingirte Cession auf den Erbschaftsnachfolger übergehen, sofern der Entsagende oder Restituirte an deren Vorbehalte kein rechtliches Interesse hat. Zu diesem Beweise bietet sich jedoch nur ein einziges einer *condictio ex mutuo* erwähnendes Bruchstück dar. Dieses Bruchstück hat wiederum den *Scävola* zum Urheber und lautet wie folgt:

*Scaevola lib. 26 Digestorum*⁴⁹⁾.

Filius, qui administrabat ut heres paterna bona, pecuniam ex his Sempronio mutuam dedit et eandem particulatim recepit: deinde se abstinuit, quia minor annis erat, ab hereditate. Quaesitum est, curator bonorum patris constitutus an adversus Sempronium utilem actionem habeat? Respondi, nihil proponi, cur non is, qui solvisset id, quod mutuum ita acceperat, liberatus esset.

Ein minderjähriger *suus*, welcher in die väterliche Erbschaft sich immiscirt und Gelder aus derselben dem *Sempronius* zum Darlehn verabreicht, dieselben auch theilweise zurückempfangen hat, entsagt hierauf der Erbschaft mittelst prätorischer Restitution. Als nun für die unzulängliche Erbschaft ein *curator* ernannt wird, welcher gegen *Sempronius* auf Grund einer fingirten Cession eine *utilis actio* anstellt, so entsteht die Frage nicht etwa, ob der *curator* eine *utilis actio* überhaupt anzustellen habe, sondern ob er sie auch wegen der vom Schuldner dem minderjährigen *suus* vor dessen Entsagung zurückgezahlten Gelder anzustellen habe? Diese Frage verneint *Scävola*, indem er die an den minderjährigen *suus* vor dessen Entsagung geleistete Rückzahlung durch *exceptio doli* deßhalb auch dem utiliter suo nomine klagenden *Curator* gegenüber aufrecht hält, weil der Schuldner, bevor ihm die Restitution und der dadurch bewirkte oder richtiger bloß constatirte Uebergang der *utilis condictio ex mutuo* auf die Nachfolger des *suus* bekannt geworden war, den *suus* für den wahren Erben hatte halten müssen und unter diesem berechtigten Daseinhalten, welches noch nicht einmal ein Irrthum zu nennen ist, nicht leiden darf⁵⁰⁾. Der durch diese Entscheidung erledigte Zweifel beruht aber darauf, daß

⁴⁸⁾ l. 17 D. de donat. mort. c. (39. 6). — — ⁴⁹⁾ l. 90 D. de solut. (46. 3). — — ⁵⁰⁾ l. 17 D. de transact. (2. 15).

die Entfugung rückwärts wirkt, daß mithin die Fiction der Cession schon an die *datio* des Darlehns sich anknüpfen muß und durch die spätere Erbschaftsentsugung des minderjährigen Erben eigentlich nur als schon früher vorhanden gewesen außer Zweifel gesetzt, also die Rückzahlung des Darlehns in der That dem Anfangspunkte der *utilis actio* erst nachgefolgt ist. Das Dasein der *utilis actio* wird demnach durch diesen Zweifel nicht verneint, sondern bestätigt; denn der abstinirende suus, welcher zwar suo nomine, aber doch zugleich als Erbe (*hereditario nomine*) aus dem Erbschaftsvermögen (*ex his sc. paternis bonis*) die *directe condictio ex mutuo* erworben hatte, mußte diese *condictio* durch fingirte Cession an den Nachfolger in der Erbschaft abgeben, weil er an der Zurückhaltung des Inhalts kein rechtliches Interesse hatte.

X. Verschiedene nicht unter eine gleichartige Gruppe zu bringende Fälle von *utiles actiones*.

§. 30 Der nicht unter eine gleichartige Gruppe zu bringenden Fälle von *utiles actiones*, welche auf einer fingirten Cession beruhen, vermag ich nur fünf zu nennen, da allen übrigen von Mühlenbruch und andern Rechtslehrern hierher gezählten Beispielen meines Erachtens Irrthümer zum Grunde liegen.

A. Wirklich hierher gehörige Fälle:

1. Wenn Jemand aus den Mitteln eines Anderen eine Klage erworben hat, deren Cession ihm obliegt, aber wegen inzwischen eingetretenen Bankerotts von ihm nicht vollzogen werden kann, so erhält der Cessionsberechtigte auch ohne Cession *utiles actiones*, wie wenn die Cession gleich zu Anfang der Zeit, als sie gefordert werden konnte, wirklich geschehen wäre. Es wird auf diese Weise das unter allen Umständen unbillige Resultat¹⁾ einer auf Unkosten des Cessionsberechtigten bewirkten Bereicherung der Concursmasse und folgeweise aller außer dem Cessionsberechtigten behuf ihrer Befriedigung daran Theil nehmenden Concursgläubiger vermieden, weshalb die Allgemeinheit der Regel nicht bezweifelt werden darf, obwohl dieselbe meines Wissens in den Rechtsbüchern nur in zwei Anwendungen nachzuweisen ist²⁾.

¹⁾ l. 14 D. de condict. indeb. (12. 6). — ²⁾ Unter ähnlichen Umständen wird auch gegen einen unrechten Beklagten, als ob er der rechte Beklagte wäre, eine *utilis actio* gegeben [l. 7 §. 5 D. de dote praelog. (33. 4)], auch der *actio de in rem verso* des Einen vor der *actio de peculio* des Andern der Vorzug eingeräumt. — l. 1 §. 2 D. in rem vers. (15. 3), Schol. 7 zu Basil. XVIII, 7 c. 1 §. 2 (supplem. ed. Zach. de Lingeth. p. 239).

B. Nicht hierher gehörige Fälle:

1. Der von Mühlenbruch erwähnte³²⁾, wonach dem Käufer eines vom Pfandgläubiger kraft seines Pfandrechts verkauften Pfandes wegen Evictionsleistung gegen den Verpfänder eine auf fingirter Cession beruhende *utilis contraria pignoratitia actio* zustehen soll³³⁾; denn die hier in Frage stehende *utilis actio* ist vielmehr eine *utilis emti actio*, welche nicht bloß gegen den Verpfänder gerichtet wird, als ob er selbst an der Stelle des Pfandgläubigers den Verkauf geschlossen hätte³⁴⁾, sondern auch gegen etwaige Singularsuccessoren desselben³⁵⁾, während die *pignoratitia actio contraria* nur gegen den Verpfänder selbst oder gegen dessen Universalsuccessoren begründet sein konnte.

2. Der ebenfalls von Mühlenbruch erwähnte³⁶⁾, wonach dem Fiskus und den Städten das Recht zustehen soll, auf Grund fingirter Cession mit *utiles actiones* subsidiarisch die Schuldner ihres Schuldners in Anspruch zu nehmen³⁷⁾: denn dieses Recht ist richtiger aus dem dem Fiskus³⁸⁾ und den Städten³⁹⁾ für Contractsforderungen eingeräumten gesetzlichen Generalpfandrechte abzuleiten, da dieses Pfandrecht überall nur subsidiarisch Anwendung erleidet⁴⁰⁾ und die vom Fiskus und den Städten gegen die Schuldner ihrer Schuldner angestellten Klagen nur die dem Forderungspfandrecht entsprechenden Zwecke zu erfüllen haben.

Bestätigung findet diese Auffassung bei Petrus⁴¹⁾ in folgenden Worten:

De debitoris debitoribus, si debent conveniri a creditoribus. Si debitor tuus non habet, unde solvat, quod tibi debet, ejus debitores, si quos habuerit, convenire apud

ex vendito utili, quasi videatur ipse vendidisse, quod fiscus vendidit suo jure. — — ³²⁾ Cession §. 44 Nr. 5 S. 472. — — ³³⁾ l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5) in Verbindung mit l. 38 D. de evict. (21. 2). — — ³⁴⁾ S. S. 392 not. 57, S. 224 not. 19. — — ³⁵⁾ S. S. 224 zu not. 19. — — ³⁶⁾ Cession §. 45 Nr. 2 S. 484. — — ³⁷⁾ a. l. 3 §. 8 D. de jure fisci (49. 14), l. 1, l. 2 C. de conven. fisci debit. (10. 2), l. 3, l. 4 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). — l. 1 C. de condict. ex lege (4. 9), f. S. 129 not. 81. — b. l. 2 C. de debitor. civ. (11. 32). S. S. 287 f. — — ³⁸⁾ l. 2 C. in quib. caus. pign. (8. 15), l. 2, l. 3 C. de priv. fisci (7. 73), l. 2 C. de servo pign. dot. (7. 8). — cf. l. 46 §. 3 D. de jure fisci (49. 14). — Vergl. ferner l. 4 C. in quib. caus. pign. (8. 15), l. 3 C. de primipilo (12. 63), auch l. 1 §. 4 C. Th. de bon. proscr. (9. 42) = l. 9 §. 2 C. J. eod. (9. 49), wogegen nicht als Widerlegung in Betracht kommt l. 15 C. de don. i. V. et U. (5. 16), f. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 346 ff. — — ³⁹⁾ l. 4 C. quo quisque ord. (11. 35), l. 2 C. de debit. civ. (11. 32). S. S. 287 f. — — ⁴⁰⁾ l. 47 pr. D. de jure fisci (49. 14). S. S. 288 not. 40. — l. 4 C. in quib. caus. pign. (8. 15). — — ⁴¹⁾ Petri except. II, 40.

judicem utiliter potes, ut secundum quod ei debent, tuo debito satisfaciat.

Der Gegensatz der *solutio*, welche wider den Schuldner, und der *satisfactio*, welche wider des Schuldners Schuldner vom Gläubiger zu erzwingen sein soll, bezeichnet offenbar nichts anderes, als den verschiedenen Erfolg der Schuldklage des Gläubigers oder Cessionars und der Pfandklage des Pfandgläubigers⁴²⁾.

3. Die von mehreren Rechtslehrern⁴³⁾ als abgeleitet (*utilis*) dargestellte *furti actio* derjenigen Detentoren oder juristischen Besitzer, welche dem Eigenthümer in Folge einer von demselben auf sie geschetzten Uebertragung der Detention oder des juristischen Besitzes für die Sache verantwortlich sind, wie der *Commodatar*, *Conductor*, *Pfandrealcontractschuldner*⁴⁴⁾; denn daß die jedem rechtlich Interessirten direct zuständige *furti actio* auch den genannten Personen nicht kraft fingirter Cession des Eigenthümers *utiliter*, sondern kraft ureigenen Rechts direct gegeben worden, folgt unter anderem daraus, daß die Ehefrau, wenn sie ihrem Gatten eine demselben von einem Dritten geliehene Sache entwendet, der *furti actio* des dritten *Commodanten* unterliegt, nicht aber einer *furti actio* ihres Gatten, der nur die *actio rerum amotarum* gegen sie anzustellen vermag⁴⁵⁾; wenn sie dagegen einem Dritten eine demselben von ihrem Gatten geliehene Sache stiehlt, der *furti actio* des bestohlenen *Commodatars* unterworfen sein soll, obgleich ihr Ehemann als *Commodant* keine *furti actio*, sondern nur die *actio rerum amotarum* gegen sie haben kann⁴⁶⁾; daß ferner derjenige, welchem geliehene Sachen von dem Sklaven des Herleiher gestohlen worden, sofern er solvent ist, einerseits die *actio commodati* des Herleiher zu fürchten, andererseits aber auch die *furti actio noxalis* gegen den Herleiher als Herrn des diebischen Sklaven anzustellen hat und dieses Klagerecht erst dann verliert, wenn ihm der Herleiher das Interesse an demselben benimmt, indem er auf seine *commodati actio* verzichtet oder dem Bestohlenen das ihm mit der *commodati actio* abgestrittene Geld zurückgibt⁴⁷⁾.

Ohne alles Bedenken wird also auch dieser Fall aus der Reihe der Anwendungen fingirter Cession zu streichen sein.

⁴²⁾ I. 4 C. quae res pignori (8. 17). S. S. 118 f., S. 122 zu not. 40. — — ⁴³⁾ Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1 S. 203. — Dellmann, die Entwendung u. S. 43 ff. — Rechtslexic. Bd. 3 S. 357 not. 18. — — ⁴⁴⁾ S. S. 170 lit. c. — — ⁴⁵⁾ I. 22 §. 4 C. de furt. (6. 2). — — ⁴⁶⁾ I. 28 D. de act. rer. amot. (25. 2). — — ⁴⁷⁾ I. 53 §. 1 D. de furt. (47. 2), cf. Basil. mit Schol. LX, 12 c. 53 §. 1 (Heimb. V, p. 506 sq.).

Da nun die gleich von vornherein durch Cession oder Delegation zum Brautschah bestellten Forderungen mindestens mit demselben Rechte, wie die erst vom Ehemanne mit Dotalmitteln begründeten Forderungen, als aus dem Vermögen der Ehefrau dem Vermögen des Ehemanns zugeflossen angesehen werden²²⁾, so ist ganz allgemein die Ehefrau durch jene Cessionsdichtung zu den Dotalforderungen in ein ähnliches Verhältniß getreten, wie durch die ihr im Justinianischen Rechte ebenso allgemein eingeräumte *utilis in rem actio* zu den Dotalsachen. Sie kann in beiden Beziehungen im Concurse ihres Ehemannes als Separatistin Befriedigung in Anspruch nehmen und hat überdies durch das von Justinian der Dotalsrückforderungsklage beigelegte gesetzliche Generalpfandrecht²³⁾ zu der auf fingirter Cession beruhenden *utilis actio* hinsichtlich der Dotalforderungen und zu der auf fingirtem Eigenthume beruhenden *utilis in rem actio* hinsichtlich der Dotalsachen eine auf die betreffenden *directae actiones* des Ehemanns gestützte *hypothecaria actio* hinzuerworben, welche sie neben jeder der beiden verschiedenen Arten von *utiles actiones* dergestalt zur Geltung bringen kann, daß sie gegen Verlustgefahr mit möglichstem Erfolge gedeckt ist²⁴⁾.

2. Wenn eine Frau für einen darlehnsbedürftigen Dritten dadurch intercedirt, daß sie das Darlehn gegen Pfandbestellung selbst aufnimmt und dasselbe dann ihrerseits gegen Pfandempfang an den Dritten weiter verborgt, so kann sie sich zwar der vom Gläubiger gegen sie gerichteten Darlehns- und Pfandklagen durch die *exceptio SCLi Vellejani* erwehren, ist jedoch ohne Zweifel verpflichtet, die ihr gegen ihren Darlehns- und Pfandschuldner zustehenden Klagen ihrem Gläubiger abzutreten. Wird diese Abtretung versäumt, so soll der Prätor recht und zweckmäßig handeln, wenn er auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, die Darlehns- und Schuldklagen der Frau gegen deren Schuldner dem Gläubiger als *utiles actiones* geltend zu machen gestattet²⁵⁾.

3. Analog dem Universalfiduciar, welcher vor der Erbschaftsrestitution durch eigne Handlungen in seiner Eigenschaft als Erbe

et usuc. (41. 3), l. 17 D. de fundo dot. (23. 5), l. 63 D. de re judic. (42. 1). Macer. . . Cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiat: veluti . . . maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae. — in Verbindung mit dem Edictum Tiberii Alexandri. cf. Bachofen, Pfandr. Th. I §. 242 ff. — Ausgewählte Lehren u. §. 108 ff. — — ²²⁾ §. §. 374 not. 1. — — ²³⁾ l. un. §. 1. 13 C. de rei uxor. act. (5. 13). — — ²⁴⁾ §. §. 103 f. not. 92 u. §. 133 not. 93. — — ²⁵⁾ l. 29 pr. D. ad SCL. Vellej. (16. 1). Paul. lib. 16 Responsor.

Klagerechte begründet hat, überträgt der Erbe, wenn er Geldstücke, welche vom Erblasser dir unter einer Bedingung legirt und mir unbedingt zum *ususfructus* ausgesetzt sind, vor Erfüllung der deinem Legate gesetzten Bedingung ohne *quasiusufructuarische* Cautio mir *fructu causa* gezahlt hat, ohne von deinem Legate zu wissen, nach Erfüllung der Bedingung die ihm selbst gegen mich als *Quasiusufructuar* zustehende in *factum actio praescriptis verbis*²⁶⁾, auf deren Session er von dir wird belangt werden können, ohne Session, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* auf dich als *Quasi proprietar*²⁷⁾, weil er an deren Vorbehalte kein rechtliches Interesse hat, während er die für ihn begründete in *factum actio praeser. verb.* nicht ohne wirkliche Session verliert, wenn er mir trotz seiner Bekanntschaft mit deinem Legate die Geldstücke ohne *quasiusufructuarische* Cautio gezahlt hat und wegen der ihm von deiner Seite drohenden *actio ad exhibendum* am Vorbehalte der in *factum actio praeser. verbis* keineswegs rechtlich uninteressirt ist.

4. Analog dem gegen die Erbschaftsantretung restituirten Erben überträgt nach Justinians Bestimmungen der Beneficialerbe, welcher aus der Erbschaft Legatate oder Fideicommissare bezahlt, obgleich das Erbschaftsvermögen zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger nicht ausreicht, die ihm in diesem Falle selbst zuständige *indebiti condictio*²⁸⁾, zu deren wirklicher Session er ohne Zweifel durch die wider ihn zu richtenden Schuldforderungen von den Erbschaftsgläubigern gezwungen werden kann, gleich ohne Session, wie wenn cedirt wäre, auf die durch die Zahlung beeinträchtigten Erbschaftsgläubiger als *utilis actio*²⁹⁾.

5. Wer mit dem Fiskus gemeinschaftlich Eigenthum an einer Sache besitzt, muß sich gefallen lassen, daß der Fiskus die ganze Sache verkauft³⁰⁾, hat aber dann Anspruch auf Empfang seines Antheils am Kaufpreise oder auf Session seines Antheils an der betreffenden *venditi actio*, und kann die *venditi actio* gegen den Käufer insoweit selbst ohne Session, wie wenn cedirt wäre, als *utilis actio* anstellen³¹⁾.

²⁶⁾ l. 10 D. praeser. verb. (19. 5). S. S. 463 ff. — ²⁷⁾ l. 9 §. 4 D. ad exhib. (10. 4). Ulp. . . succurrendum tamen legatario in factum adversus fructuarium actione, cit. — l. 1 §. 17 fin. D. ut legat. seu fideic. (36. 3), cf. Olvers, Servitutenlehre S. 587 ff. — ²⁸⁾ l. 17 D. de donat. mort. causa (39. 6), l. 1 §. 17 D. ad ScT. Trebell. (36. 1), l. 114 §. 3 D. de legat. I (30), §. 1 J. de singul. reb. per fideic. rel. (2. 24), l. 9 C. de fideic. (6. 42). — ²⁹⁾ l. 22 §. 5 C. de jure delib. (6. 30) . . licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis vel indebiti conductione uti, et haec, quae acceperint, recuperare. — R. M. ist Unterholzner, Schuldverh. Th. 2 §. 313 Anm. 6 S. 21. — Siehe aber dagegen Witte, Bereicherungsklagen S. 275 ff. — ³⁰⁾ l. 2 C. de comm. rer. alien. (4. 52). — ³¹⁾ l. un. C. de vendit. rer. fisc. (10. 4). — Cujac. ad Cod. (4. 49) [opp. IX, p. 387 D] sagt: der Miteigenthümer könne petere actione

Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn in Braunschweig.

Die
Reform des Zollvereins
und die
deutsche Zukunft.

Zur Versöhnung von Nord und Süd.

Von

Dr. Ludwig Frauer.

gr. 8. Fein Velinpapier. geh. Preis 16 Sgr.

J a h r b ü c h e r
für
historische und dogmatische Bearbeitung
des römischen Rechts.

Herausgegeben

von

Dr. Karl Sell und Dr. Wilhelm Sell,

ordentlichen Professoren der Rechtswissenschaft an den Universitäten in Bonn und Zürich.

I n d r e i B ä n d e n.

gr. 8. geh. Preis 6 Thlr.

L e h r b u c h
d e s
teutschen gemeinen Criminalprocesses,
mit besonderer Berücksichtigung
der teutschen Particularrechte

bearbeitet von

Dr. Wilhelm Müller,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität zu Giessen.

gr. 8. Preis 2 Thlr. 20 Sgr.

Die grösseren
Justizorganisationsgesetze
für das

Herzogthum Braunschweig,

nebst

einem kurzen, den Motiven, Berichten und Verhandlungen über
dieselben entnommenen Commentare.

I n z w e i B ä n d e n.

Zusammengestellt von

Dr. R. Degener.

gr. 12. Fein Velinpap. geh. Preis 1 Thlr. 20 Sgr.

Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn in Braunschweig.

Der
Zollverein Deutschlands und die Krisis,
mit
welcher er bedroht ist.

8. Fein Velinpapier. geh.
Erstes Heft. Mit einer colorirten Karte. Preis 12 Sgr.
Zweites Heft. Preis 10 Sgr.

S y s t e m
der
deductiven und inductiven
L o g i k.

Eine Darlegung
der
Principien wissenschaftlicher Forschung, insbesondere der
Naturforschung.

Von
John Stuart Mill.

In's Deutsche übertragen
von

J. Schiel.

Zweite deutsche,
nach der fünften des Originals erweiterte Auflage.

In zwei Theilen.

Preis zusammen 4 Thlr. 24 Sgr.

gr. 8. Fein Velinpap. geh.

Die logischen Principien, welche den Methoden der Naturforschung zu Grunde liegen, sind auch die Grundsätze, welche uns bei der Erforschung der Wahrheit im allgemeinen als Richtschnur dienen müssen, sie kommen nicht bloss bei den Geschäften des Naturforschers in Anwendung, sondern auch bei allen anderen Geschäften des menschlichen Lebens, denn der Jurist, der Staatsmann, der Geschichtsschreiber, der Militair u. s. w. üben alle mehr oder weniger und bewusst oder unbewusst die Methoden der Naturforschung, und der in der Ausübung ihrer Geschäfte erreichte Grad von Vollkommenheit wird um so höher sein, je strenger sie diese Methoden selbst einhalten.

Die Methoden der Erforschung der Wahrheit basiren auf den Grundsätzen der inductiven und deductiven Logik. Die inductive Logik, die Induction, welche von Bacon begründet wurde, hat ihre Ausbildung weniger den Logikern von Fach als den Naturforschern zu verdanken, die deutsche Philosophie insbesondere hat sich bei ihrer mehr ontologischen Richtung an der Ausbildung der Induction so gut wie gar nicht betheiligt. Für eine Theorie der Induction war zwar ein ziemlich reiches Material obwohl zerstreut vorhanden, die Verarbeitung desselben zu einem System wurde jedoch von Forschern ersten Ranges vor noch nicht entfernter Zeit als eine Unmöglichkeit bezeichnet. Wie gut indessen Mill die schwierige Aufgabe gelöst hat, beweist die Thatsache, dass sein Werk im Verlauf kurzer Jahre in England nicht weniger als fünf Auflagen, in Deutschland deren zwei, erlebt hat.

Die in zweiter Auflage nach der fünften Auflage des Originals erscheinende deutsche Uebersetzung von Mill's Logik verdient in jeder Beziehung als eine äusserst correcte und sorgsame bezeichnet zu werden.